The Center for Research Libraries scans to provide digital delivery of its holdings. In some cases problems with the quality of the original document or microfilm reproduction may result in a lower quality scan, but it will be legible. In some cases pages may be damaged or missing. Files include OCR (machine searchable text) when the quality of the scan and the language or format of the text allows.

If preferred, you may request a loan by contacting Center for Research Libraries through your Interlibrary Loan Office.

Rights and usage

Materials digitized by the Center for Research Libraries are intended for the personal educational and research use of students, scholars, and other researchers of the CRL member community. Copyrighted images and texts are not to be reproduced, displayed, distributed, broadcast, or downloaded for other purposes without the expressed, written permission of the copyright owner.

© Center for Research Libraries
Scan Date: June 30, 2010
Identifier: d-g-000142-f1

P-00180751

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

JOHNS HOPKINS UNIV. FEB 8 1913

LE PRINCIPE

DE

L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

EN DROIT PRIVÉ

Contribution à l'étude critique

de l'individualisme juridique

LIBRARIES CENTER FOR RESEARCH

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le vendredi 31 Mai 1912, à 1 heure 1/2

PAR

Emmanuel GOUNOT

LICENCIÉ ÈS LETTRES

CENTER FOR RESEARCH LIBRARIES

Président : M. GAUDEMET, *professeur*.

Suffragants : MM. DESLANDRES, *professeur*. HUGUENEY, *agrégé*.

PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

LE PRINCIPE

DE

L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

EN DROIT PRIVÉ

Contribution à l'étude critique
de l'individualisme juridique

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON
Le vendredi 31 Mai 1912, à 1 heure 1/2

PAR

Emmanuel GOUNOT
LICENCIÉ ÈS LETTRES

Président : M. GAUDEMET, *professeur.*
Suffragants : MM. DESLANDRES, *professeur.*
HUGUENEY, *agrégé.*

PARIS
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13
1912

Subest semper aliquid ex justitia naturali, idque libera pasciscentium voluntate majus et antiquius.

Léon XIII, Encycl. *Rerum novarum*.

Les juristes veulent pouvoir dire : « Cela est juste, parce que cela a été voulu. » Il faut désormais que l'on dise : « Cela doit être voulu, parce que cela est juste. »

Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 351.

LE
PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ
EN DROIT PRIVÉ

INTRODUCTION

I

D'après une division communément admise (1), toutes les sources d'obligations se ramènent à deux : la loi et la volonté privée. Lorsque nous nous trouvons engagés dans les liens d'un rapport de droit, c'est tantôt parce que nous l'avons librement voulu, tantôt parce que la règle de droit est intervenue pour nous imposer d'autorité une dette ou faire naître à notre profit une créance. Conduisant un automobile à une allure excessive, je heurte un promeneur et le blesse ; je suis tenu de réparer le dommage résultant de mon imprudence. D'où procède cette obligation ? De la volonté de la loi (art. 1382, C. civ.). Au contraire, je commande un vêtement à mon tailleur, qui promet de me le

(1) V. par exemple : Larombière, *Traité des obligations*, t. V, art. 1370, nos 2 et 3 ; Ch. Beudant, *Obligations et contrats*, p. 4 et p. 704 ; Planiol, *Traité*, t. II, 4e éd., no 897 ; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7e édit., t. I, p. 165.

livrer pour un certain prix ; nous voilà dès lors liés par des engagements réciproques. Quelle en est la source ? Notre contrat, c'est-à-dire notre commune volonté.

La volonté individuelle possède donc, dans le domaine du droit, une véritable puissance créatrice (1). Chaque jour, par de libres contrats, nous nous créons à nous-mêmes des obligations nouvelles et de nouveaux droits. Notre volonté d'hier sans cesse commande à notre volonté d'aujourd'hui, et devient pour elle une véritable loi.

De tout temps, du reste, les juristes se sont plu à mettre en parallèle la convention et la loi (2), la *lex privata* et la *lex publica*, à les assimiler l'une à l'autre, voire même à les expliquer l'une par l'autre : à donner pour fondement à la loi une convention (3), ou à faire découler la force obligatoire des contrats d'une sorte de délégation que le législateur ferait de ses pouvoirs aux volontés individuelles (4). Et le Code civil n'a fait que continuer de vieilles traditions juridiques, lorsqu'il a consacré cette classique assimilation du contrat à la loi dans ce texte fondamental : « Les conven-

(1) Cf. Windscheid, *op. cit.*, p. 167 : « L'acte juridique est la manifestation de la puissance créatrice qui appartient à la volonté privée dans le domaine juridique. La personne commande et le droit fait sien cet ordre. »

(2) *Digeste*, XVI, 3, 1, 6 : « Contractus legem ex conventione accipiunt » ; *Dig.*, 50, 17, 23 : « Hoc servabitur quod initio convenit (legem enim contractus dedit) », etc... Aristote définissait déjà le contrat : « une *loi* faite par des particuliers en vue d'une affaire déterminée ». (*Rhet.* I, 15, 21). — Cf. Huvelin, dans Daremberg et Saglio, t. VII, v° *Obligatio*, p. 134.

(3) C'est là le système du contrat social et de la philosophie révolutionnaire.

(4) Cette explication est assez généralement adoptée en Allemagne. — V. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 45 et p. 83. — Cf. Bülow, *Das Geständnissrecht*, 1899, p. 134.

tions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1134).

C'est cette efficacité juridique propre du vouloir individuel que l'on désigne sous le nom d'*autonomie de la volonté*. Cette expression qui, depuis vingt ans, pénètre de plus en plus dans la littérature juridique française, n'est peut-être pas à l'abri de toute critique (1). Nous nous en servirons cependant, car elle exprime, en somme, mieux que toute autre, ce qu'il s'agit d'exprimer, savoir le rôle de la volonté comme organe créateur du droit (2).

Si provisoirement nous essayons d'analyser ce rôle à travers les notions couramment enseignées dans nos traités de droit (3), nous voyons qu'il comporte un double élément, et que l'autonomie de la volonté se manifeste : 1° dans la formation de l'acte juridique ; 2° dans la détermination de ses effets.

1° C'est la volonté qui crée l'acte juridique. Elle en constitue véritablement l'essence, le principe actif et générateur. L'acte juridique est une volonté déclarée. Là où la volonté

(1) V. Dereux, *L'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, 1905, p. 24.

(2) L'expression de « principe de l'autonomie de la volonté » est très usitée, on le sait, en droit international privé, où elle sert à désigner le rôle qui appartient à la volonté individuelle dans la solution des conflits de lois. Ce n'est là que l'une quelconque des multiples applications particulières du principe d'autonomie tel que nous l'entendons dans la présente étude (Cf. Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, dans *Clunet*, 1896, p. 465 et suiv., notamment p. 468). Nous ne nous en occuperons qu'incidemment.

(3) C'est en effet des idées courantes qu'il nous faut nécessairement partir, quitte à leur apporter dans la suite les rectifications nécessaires. De fait, nous aurons maintes fois à critiquer au cours de notre étude certaines des formules dont nous nous servons provisoirement dans cette introduction.

est absente, il n'y a pas d'acte juridique ; là où elle est viciée par l'erreur, la violence, le dol, l'acte juridique est tout entier vicié ; et, d'un autre côté, depuis la disparition du formalisme des premiers âges, dans chaque manifestation, quelle qu'en soit la forme, des volontés humaines sur le terrain juridique, le droit consacre, en principe du moins, un contrat valable.

2° Non seulement la volonté peut, dans les limites et sous les conditions que lui assigne le droit positif, engendrer des actes juridiques, et par conséquent produire des effets de droit, mais encore les effets de droit auxquels elle donne ainsi naissance ne sont que ce qu'elle veut qu'ils soient. Ils pénètrent dans le monde juridique non seulement *parce qu'*ils ont été voulus, mais *comme* ils ont été voulus. Et si des difficultés d'interprétation s'élèvent, si le juge doit un jour intervenir pour déterminer la nature et l'étendue des conséquences d'un acte juridique, il ne s'adressera pas, pour dire le droit, à des règles objectives, supérieures aux vouloirs individuels, et établies une fois pour toutes par le législateur ; c'est la volonté des auteurs de l'acte qu'il devra interroger ; c'est elle qui lui dictera la solution du litige et qui sera ainsi, au sens le plus complet du mot, source de droit. Le Code civil renferme bien, il est vrai, une longue liste d'articles qui précisent dans le détail les suites juridiques des principaux contrats, de la vente ou du louage par exemple. Mais ces textes ne sont pas impératifs. Le législateur ne fait que *proposer* aux contractants un modèle de réglementation ; ceux-ci restent libres de substituer à cette réglementation légale une réglementation contractuelle, qui aura, pour le juge, l'autorité même de la loi.

Ainsi donc, sous certaines conditions et dans certaines limites, à la vérité fort variables, la volonté peut : 1° créer

des situations juridiques nouvelles, et 2° déterminer le droit qui devra les régir. En cela consiste, sur le terrain du droit, son autonomie.

On voit aisément, par ces brèves remarques, que, entendu au sens strict, le principe de l'autonomie de la volonté n'embrasse pas, dans son champ d'application, toutes les *libertés* de l'individu protégées par le droit, mais seulement celles qui, comme la liberté testamentaire et la liberté des conventions, se manifestent par la production directe d'effets juridiques positifs (1). Ainsi, j'ai évidemment la *liberté* d'entreprendre ce soir une promenade. Personne ne peut juridiquement m'en empêcher. J'aurais même le droit, contre ceux qui voudraient y faire obstacle, de requérir la force publique de me venir en aide. On ne peut voir cependant dans ma détermination un acte générateur de droit ; car, si je puis combattre les résistances qui s'opposeraient à son exécution au moyen de la contrainte dite « propulsive », je ne crée pour personne, ni pour moi-même, ni pour autrui, des obligations juridiques positives sanctionnées par la contrainte « compulsive » (2). Il en est tout autrement quand j'accomplis avec un tiers un contrat valable : non seulement notre acte est en lui-même licite, et donc protégé par le droit, comme l'était mon projet de promenade, mais il a pour effet de nous obliger l'un à l'égard de l'autre, de nous rendre réciproquement créanciers et débiteurs ; en sorte que si l'un de nous refuse de tenir ses engagements,

(1) Cela n'empêche pas, bien entendu, qu'il ne puisse y avoir, historiquement ou philosophiquement, entre ces diverses libertés, des liens de parenté très étroits. C'est un point que, pour l'instant du moins, nous ne songeons pas à examiner.

(2) Sur ces deux formes de la contrainte, v. Ihering, *Zweck im Recht*, t. I, trad. de Meulenaere, p. 160.

le droit interviendra pour l'y contraindre par toutes les voies d'exécution forcée, assurant ainsi d'une manière positive l'efficacité de notre commune volonté.

Pareillement le droit de tout propriétaire de faire de sa chose ce qu'il veut n'est pas non plus une application du principe d'autonomie *stricto sensu*. Propriétaire d'un terrain, j'ai assurément la *liberté* d'y cultiver à mon gré des légumes, des fleurs ou des céréales, d'y élever une construction, puis de la transformer pour enfin la démolir. Tous ces actes sont licites ; le droit les protège. Mais ce ne sont pas à proprement parler des actes juridiques, des manifestations de l'activité créatrice de la volonté individuelle (1). Nous ne disons pas qu'ils n'entraînent aucune conséquence juridique ; ils peuvent au contraire déterminer l'application de certaines règles de droit : grâce à eux, je me verrai peut-être obligé de payer des impôts nouveaux, de me soumettre aux règlements administratifs concernant les propriétés bâties. Mais ces effets n'ont nullement dans ma volonté leur source. Mon activité libre de propriétaire s'est bornée à créer ou à modifier une certaine *situation de fait* ; c'est la loi qui, de par son autorité propre, attache à cette situation de fait les conséquences juridiques qu'elle juge conformes au bien général. Et si, au sujet de ces conséquences, un différend surgit, si les tribunaux ont à dire le droit, ce n'est pas dans ma volonté qu'ils iront en puiser les éléments, ce n'est pas d'elle qu'ils entendront assurer le respect. Il n'y a vraiment manifestation de l'autonomie juridique privée que lorsque, à la suite d'une déclaration de

(1) C'est pourquoi les principes classiques de l'erreur, de la violence, du dol, de la condition, et les autres principes dont l'ensemble constitue ce qu'on peut appeler la théorie de la volonté juridique, ne sauraient être appliqués à ces actes.

volonté, des effets de droit se produisent, qui ont leur principe dans la volonté même, lorsque, en d'autres termes, une volonté édictant un ordre, le droit fait cet ordre sien (1) et en assure, sous la menace de la contrainte, l'effective réalisation.

II

Même ainsi restreint dans son champ d'application, le principe de l'autonomie de la volonté n'en constitue pas moins « un des principes les plus importants du droit civil » (2). « La théorie fondamentale du droit, disait naguère un jurisconsulte (3), est celle de la volonté juridique. » S'il est vrai, en effet, que le droit est avant tout « la science des rapports de volonté » (4), c'est assurément pour le juriste une tâche capitale que de fixer le rôle qui incombe à la volonté elle-même dans l'établissement de ces rapports, que de déterminer le fondement, les conditions, les limites de ce rôle et de résoudre les conflits, de nos jours plus aigus que jamais, entre le principe libéral d'autonomie et les principes d'équité, de justice sociale, d'ordre public.

Et cependant, sur cet ensemble de problèmes généraux qui dominent tout le droit privé, et qui intéressent le philosophe et le sociologue non moins que le juriste, notre littérature juridique classique, on le signalait tout récemment encore (5), est d'une insuffisance qui déconcerte.

(1) Cf. le passage de Windscheid déjà cité en note.

(2) R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 147.

(3) R. Brugeilles, *Le droit et l'obligation*, dans *Rev. trim. de dr. civ.*, 1909, p. 315.

(4) L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 462. Nous verrons toutefois dans la suite qu'une telle définition est insuffisante.

(5) Demogue, *op. cit.*, p. 286.

Nulle part plus que dans la France du XIXe siècle, le « particularisme » des juristes ne fut une réalité. Uniquement préoccupés de fournir à la pratique judiciaire les solutions des problèmes que soulève la vie juridique de chaque jour les civilistes classiques sont sans rivaux dans l'art de traiter avec un sens pratique merveilleux et une rare délicatesse de touche les questions « d'espèce » ; ils triomphent dans l'annotation du Dalloz ou du Sirey. Mais instruits peut-être, ou plutôt découragés par le spectacle stérile de l'ivresse idéologique de l'époque révolutionnaire, ils s'abstiennent presque systématiquement — à part quelques trop rares exceptions que nous n'ignorons pas — de toute étude d'ensemble sur les principes fondamentaux du droit. Ils ont comme une défiance instinctive à l'égard de tout ce qui s'appelle philosophie, métaphysique, droit naturel, théorie générale du droit (1). Et s'il est des questions juridiques primordiales qu'ils ne puissent se dispenser d'aborder, ils se contentent d'ordinaire, pour les éclairer et les résoudre, de formules banales, héritage des Romains ou des Constituants de 1789, dont, à vrai dire, ils sentent plus ou moins vaguement l'insuffisance, mais auxquelles ils s'attachent cependant et qu'ils conservent malgré tout, parce que,

(1) Comp. Charmont, *Sources du droit positif à l'heure actuelle*, *Rev. de mét. et de mor.*, 1906, p. 117. « Qu'est-ce que le droit ? Est-ce une donnée de la raison ou du sentiment ? Ce qu'on peut penser de ces questions dans le monde des juristes serait sans intérêt pour vous. *Je serais très tenté de croire, du reste, que le juriste n'en pense rien* ». — Cf. Tarde, *Transformations du droit*, 1893, p. 1. Remarquons toutefois que depuis une quinzaine d'années les études de philosophie juridique semblent partout redevenir en faveur. En même temps, on tend à faire dans l'enseignement du droit civil une plus large place à l'analyse des principes généraux du droit. — Cf. sur ce dernier point : Perreau, *Des idées générales dans l'enseignement du droit civil*, dans *Rev. crit.*, 1912, p. 113 et suiv.

superficielles et pauvres, elles leur paraissent claires, et que, Français, ils aiment les « idées claires » (1).

Dans la question qui nous occupe, les divers traités de droit civil se bornent à citer l'article 1134, à déclarer que les conventions sont libres et que la volonté jouit d'une large sphère d'autonomie, que c'est là une des règles fondamentales du droit moderne ; ils citent aussi, plus ou moins heureusement (2), pour illustrer cette règle, les vieilles maximes de la liberté individuelle : « Tout ce qui n'est pas défendu est permis ; la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » ou autres adages semblables ; et cela paraît leur suffire.

« Et que voulez-vous donc de plus ? nous objectera-t-on. Que le juriste abandonne le terrain solide des réalités juridiques pour s'aventurer parmi les abstractions de la philosophie ? Qu'après avoir proclamé la liberté des conventions, il recherche le fondement de cette liberté, et puis le fondement de son fondement ? Croyez-vous donc que quand il l'aura fait, il en sera plus avancé ? Sera-t-il mieux à même de résoudre les problèmes juridiques que soulève la vie quotidienne et de donner aux juges les directions qu'ils attendent de lui ?... La force obligatoire des conventions et l'autonomie de la volonté sont des réalités sociologiques incontestables, des données évidentes, des faits certains. Le juriste n'a qu'à

(1) Et comme ils se soucient assez peu pour la plupart de relier entre elles ces diverses « idées claires », d'en déterminer les rapports pour constituer un système cohérent et solide, on peut dire de notre philosophie juridique classique qu'elle est, comme M. de Voltaire, « un chaos d'idées claires » (E. Faguet, *Dix-huitième siècle*, p. 219). Elle est en cela comparable à la philosophie de l'école cousinienne, qui au siècle dernier a fait longtemps le fond de l'enseignement universitaire.

(2) Cf. chap. III, sect. I.

constater ces faits, à les prendre pour ce qu'ils sont, et puis à en tenir compte dans la mise en œuvre du droit. Là se borne son rôle. Inutile de rechercher ce qu'il y a au-delà de ces faits ; inutile de vouloir apporter à notre jurisprudence des théories dont elle n'a que faire, et de prétendre lui fournir des réponses pour des problèmes qu'elle ne pose pas. »

L'objection se dissipera d'elle-même, nous l'espérons, au cours de la présente étude ; car nous y verrons combien de questions pratiques importantes se rattachent à la théorie générale de l'autonomie de la volonté. Contentons-nous pour l'instant d'une simple remarque : croit-on vraiment que le jurisconsulte puisse déterminer les conditions de validité des contrats, édifier la théorie de l'erreur et de la lésion, fixer les limites à la liberté contractuelle et préciser les notions d'ordre public et de bonnes mœurs, sans se faire une opinion sur le fondement de la force obligatoire des conventions et sur le principe d'autonomie, sans posséder *in petto* une doctrine sur les rapports de la loi et de la volonté privée, de la justice commutative et du commerce juridique, en un mot sans avoir une philosophie du droit (1) ?

La métaphysique est inévitable. Il y a bien longtemps qu'Aristote l'a dit. Et à vouloir la bannir systématiquement, on risque bien de se contenter sans le savoir de ce que l'irrévérencieux Schopenhauer appelle quelque part une métaphysique de garçons-coiffeurs (*Barbiergesellmetaphysik*) (2). De fait, nous constaterons que dans la pensée traditionnelle des jurisconsultes français est enveloppée une métaphysi-

(1) Cf. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, 5e éd., 1898, trad. Tchernoff, 1903, p. 37.

(2) Cf. Gény, dans *Les méthodes juridiques* (Conférences faites par un groupe de jurisconsultes), 1911, p. 185.

que, ou plutôt une théorie philosophique de l'autonomie et du contrat. Seulement cette théorie n'a pas toujours conscience d'elle-même ; et beaucoup de juristes l'adoptent comme M. Jourdain faisait de la prose : sans s'en apercevoir (1).

Or rien n'est plus dangereux qu'une doctrine qui s'ignore elle même. Elle tend fatalement à se déposer dans les esprits à l'état d'habitude de plus en plus tyrannique, à devenir un pli du cerveau, une sorte de tempérament intellectuel. Elle se cristallise en ces formules toutes faites, ces brocards admis sans examen, qui ne sont le plus souvent que des résidus simplistes de spéculations et de controverses antérieures, mais qui apparaissent bientôt, parce qu'on en ignore ou qu'on en oublie l'origine et qu'on les redit machinalement, comme aussi inébranlables et aussi évidents que les axiomes des sciences mathématiques (2). Bien plus, un jour vient où on finit par voir en eux des principes premiers de la raison, des affirmations immédiates de la conscience humaine, et par en faire les préceptes fondamentaux du droit naturel (3). Et c'est alors à la lumière de pareilles formules qu'on examine toutes les questions et qu'on croit résoudre tous les problèmes, tout comme au moyen-âge on recourait parfois, dit-on, pour expliquer tel phénomène physique, à l'adage fameux : « La nature a horreur du vide » (4).

(1) Cf. Dereux, *Etude des diverses conceptions actuelles du contrat*, dans *Rev. crit.*, 1901, p. 516.

(2) Comp. Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876, p. 3.

(3) Cf. Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, *Rev. trim.*, 1902, p. 88 ; E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, 1898, p. 18 et suiv.

(4) Rapp. à certains égards, E. Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, 1896, p. 5, et p. 23 et suiv. ; H. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse de

Si donc dans nos doctrines juridiques traditionnelles est forcément impliquée toute une philosophie du contrat et du principe d'autonomie, au lieu de l'admettre sans nous en apercevoir, prenons-en nettement conscience ; examinons-en les postulats et les conséquences ; et puis, si elle nous satisfait pleinement, conservons-la ; n'hésitons pas au contraire à la rejeter si elle est sans valeur ; et si elle est simplement incomplète, apportons-lui les compléments nécessaires.

III

Cette tâche nous paraît s'imposer aujourd'hui plus impérieusement que jamais à l'effort des jurisconsultes. Le montrer sera par là-même exposer les motifs qui nous ont poussé à entreprendre cette étude.

A. — Voilà plus d'un siècle que le Code civil a proclamé la liberté des conventions et consacré un certain système de législation contractuelle. Or, puisque le droit a pour mission d'organiser, en vue de la justice et du bien commun, la vie sociale de l'humanité, il ne peut certes remplir utilement cette mission que si, dans les théories qu'il édifie et dans les règles qu'il édicte, il s'inspire toujours des réalités qu'il s'agit de régir, et s'il tâche sans cesse à s'adapter à elles pour mieux les adapter au but qu'il poursuit. Le système compliqué de ces théories et de ces règles aboutit peut-être, au grand scandale des profanes, à la constitution d'une sorte de monde séparé, le « monde des juristes », qui a son lan-

Dijon, 1910, *passim*, notamment, p. 482 et 492. Ce n'est pas à dire, bien entendu, que les « maximes traditionnelles » n'aient aucun rôle à jouer dans le domaine juridique. V. au contraire sur ce point, Perreau, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé*, *Rev. trim.*, 1911, p. 229 et suiv.

gage, ses principes et ses lois. Mais qnelqne inévitable — et donc légitime — qne soit la constrnction de ce monde des jnristes, ce serait à coup sûr la plus dangerense des illnsions de croire qu'nne fois édifié il se snffise à lni-même et soit capable de se sontenir indéfiniment, tonjonrs apte à sa fonction, sans jamais reprendre contact avec la réalité et le concret. Lorsqne le monde réel se transforme, nos systèmes techniques, qui ne valent qne dans la mesnre où ils sont capables de s'ajnster à lni ponr l'informer et l'orienter vers sa fin, ne penvent rester perpétnellement fixes et immnables, sinon un jonr vient où le désaccord entre la réalité et l'abstraction devenue la fiction est tel qne l'édifice juridiqne tont entier menace d'être emporté...

Or il est incontestable qne le milien économiqne et social dans leqnel a pris naissance notre théorie dn contrat et de la liberté des conventions était fort différent dn nôtre (1). Le commerce jnridique n'est plns anjonrd'hni ce qu'il était à l'époqne de Gains et de Paul, ni même à celle des rédactenrs du Code civil. Qnand les nns et les antres parlaient de contrats, l'opération type dont la réalité lenr offrait le modèle et à laqnelle ils pensaient sans cesse, c'était le vienx contrat traditionnel, où deux personnes d'identiqne sitnation jnridiqne et de puissance économique égale exposent et discntent en nn libre débat leurs prétentions opposées, font des concessions réciproqnes (2) et finissent par conclnre un accord dont ils ont pesé tons les termes et qni est bien véritablement l'expression de leur commnne volonté.

(1) Cf. Tarde, *Les transformations du droit*, 1893, p. 120.

(2) Au sens traditionnel, contracter c'est conclure un *marché*, c'est *marchander*.

Ce contrat type n'a certes pas disparu de la vie sociale ; il domine encore parmi ceux qui, aujourd'hui comme autrefois, contractent rarement : les habitants des campagnes ; c'est également à ce type, plus ou moins modifié, que pourraient se ramener la plupart des opérations juridiques qui se font chaque jour avec le cordonnier, le tailleur, la couturière ou autres fournisseurs. Mais ce contrat classique n'est plus seul désormais à occuper la scène du droit. Des situations juridiques nouvelles (1) sont nées et se sont développées, auxquelles jurisconsultes et tribunaux ont appliqué sans hésiter la théorie traditionnelle du contrat avec toutes ses conséquences, et qui cependant, nous assure-t-on, « n'ont du contrat que le nom » (2). Dans ces prétendus contrats, qui surpassent en importance sociale tous les autres, et parmi lesquels nous citerons à titre d'exemples les contrats de travail, d'assurance, de transport et le contrat de distribution d'eau, de gaz ou d'électri-

(1) Sur cette évolution du commerce juridique et sur les caractères particuliers qui distinguent, tant au point de vue juridique qu'au point de vue économique, ces nouvelles formations connues désormais sous le nom de *contrats d'adhésion*, v. Saleilles, *Déclaration de volonté*, 1901, p. 229-230 ; et *Lettre sur le contrat de travail*, *Bull. de la Soc. d'Ét. lég.*, 1906, p. 209 s. ; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 52 s., 183 s. ; Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*, th. 1905, p. 153 s. ; *De la nature juridique des contrats d'adhésion*, *Rev. trim.*, 1910, p. 503 s. ; J. Dollat, *Les contrats d'adhésion*, th. 1905 ; Hauriou, note au *Sirey*, 1908.3.17 s. ; Fortier, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, thèse de Dijon, 1909, p. 8 s. ; A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif*, thèse de Lyon, 1909, p. 129-145. — *Adde* : les notes de jurisprudence de M. Ripert, dans *Rev. crit.*, 1907, p. 193 s. Nous reviendrons, au cours de notre étude, sur la nature juridique des contrats d'adhésion. Nous nous bornons pour l'instant à signaler l'importance qu'ils présentent au point de vue de la théorie générale du contrat.

(2) Saleilles, *Décl. de vol.*, p. 229.

cité, nous ne retrouvons nullement les traits caractéristiques du vieux contrat en usage parmi les *patresfamilias* de Rome ou chez les paisibles populations rurales auxquelles songeait Pothier dans son *Traité sur les obligations*. Entre les contractants, l'égalité n'existe plus : si l'un d'eux est toujours un simple particulier quelconque, l'autre est une formidable puissance économique : c'est une Compagnie de chemins de fer, une Société industrielle, une Compagnie d'assurances, parfois l'Etat lui-même. Plus de discussion possible entre les deux parties : l'une seule fait la loi et l'impose identique à tous ses co-contractants, quel que soit leur nombre. Comment en effet les parties pourraient-elles discuter, puisque le plus souvent elles ne se connaissent pas, ou du moins ne sont pas mises en rapport direct l'une avec l'autre ? Avec l'employé de la gare qui me vend mon billet de chemin de fer, comment puis-je discuter, puisqu'il n'a pas qualité pour faire des arrangements ou des concessions au nom de la Compagnie, et que sa consigne est de se conformer strictement aux règlements, de n'être que leur porte-parole ? « Autant vaudrait discuter avec des phonographes (1). »

D'ailleurs ces règlements minutieux des grandes Compagnies, comme aussi ceux des ateliers industriels, ont été reconnus par ceux qui les ont élaborés comme les conditions d'équilibre et de bon fonctionnement de ces puissantes institutions que sont les chemins de fer et les usines. Dès lors, ne perdraient-ils pas leur raison d'être et ne manqueraient-ils pas leur but, si les particuliers étaient admis à les discuter et si on accordait à chacun des dérogations spéciales ?

(1) G. Dereux, *De la nature juridique des « contrats d'adhésion »*. *Rev. trim. de dr. civ.*, 1910, p. 503.

Il est donc inévitable qu'il y ait en fait « suppression de ce qu'on appellerait en style parlementaire le droit d'amendement, ou de ce qu'on appelle en style de contrat le droit de discussion (1) ».

Sous ces prétendus contrats, nous découvrons en réalité l'acte d'une puissance économique et juridique qui édicte une charte générale, une sorte de « loi collective » (2) et la propose à ce personnage nouveau qui joue un si grand rôle sur la scène du monde : le public (3). C'est ensuite à chacun de ceux, en nombre indéterminé, que cette loi collective intéresse, à lui donner ou à lui refuser en bloc son adhésion, à se placer sous son empire ou à rester à l'écart. *C'est à prendre ou à laisser.*

Et si on ne « laisse » pas, si pour une raison on pour une autre, peut-être parce qu'on ne peut pas faire autrement, on « prend », alors on est censé tout prendre, tout, c'est-à-dire les longs et minutieux articles du règlement d'atelier, les clauses si hérissées de pièges des polices d'assurances, les innombrables dispositions affichées dans les gares. Ainsi du moins le proclame la théorie classique du

(1) Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 211.

(2) Saleilles, *op. cit.*, p. 230. — V. aussi, du même auteur. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897, p. 21, et *L'obligation*, 2e édit., 1901, p. 445. — M. Saleilles signale quelque chose d'analogue à nos contrats d'adhésion dans certains marchés publics de Rome : les petits fermiers du fisc ou des grands domaines impériaux avaient leurs obligations et leurs droits réglés d'avance par une charte impériale (*lex*), qu'ils n'avaient ni à débattre, ni à discuter, et à laquelle ils ne pouvaient qu'adhérer en bloc. « Or, ajoute l'éminent professeur (*L'obligation*, p. 446 en note), le droit romain se gardait bien de parler de contrats à propos de ces engagements des petits fermiers impériaux. »

(3) Cf. Tarde, *op. cit.*, p. 120.

contrat, et ainsi le dira le juge si des difficultés d'application on d'interprétation viennent à snrgir.

Vainement l'ouvrier objectera qn'il ignorait à peu près tout du règlement d'atelier, n'ayant pas eu la possibilité matérielle on la liberté morale de le lire lors de la formation du contrat ; on ne lui en appliquera pas moins toutes les clauses, et on aura même l'ironie de lui dire qu'il aurait manvaise grâce à s'en plaindre, puisque, en le reconnaissant débitenr de telle amende exorbitante prévue par le règlement, c'est à sa propre volonté que l'on donne effet, c'est à son droit de se commander à lui-même que l'on accorde consécration.

Achetenr d'un billet de théâtre qui vous a été remis *sous enveloppe*, vous anrez beau prétendre ne pas être tenu par les clauses que vous déconvrez après conp inscrites au dos de ce billet et dont nnl, au moment du contrat, ne vons a donné connaissance ; on vous déclarera malgré tout obligé de les respecter (1) — ce qui à la riguenr peut se comprendre, — et cela snr le fondement d'nne prétendne volonté contractuelle, ce qui vraiment ne se comprend plns du tout.

En vain aussi l'assnré opposera-t-il que, vu la manière dont son contrat a été conclu (2), il n'a pu connaître en détail les clauses de sa police ; que, les eût-il lues, il ne les aurait pas comprises ; que d'aillenrs, s'il eût connu et compris les obligations multiples qu'on lui imposait, les pièges qu'on lui tendait, les risques qn'on excluait, il eût renoncé à contracter. A lui aussi, les juges diront : « Sans doute, vous n'avez rien connu ni rien accepté de tout cela. En

(1) Trib. com. de la Seine, 19 avril 1900, *Le Droit*, 28 mai 1900.

(2) Les abus ne sont pas rares. Ils ont déterminé en décembre 1910 M. Néron, député de la Haute-Loire, à former une demande d'interpellation, dont nous ignorons quelle a été la suite.

réalité, vous n'avez consenti qu'à une seule chose : à payer une certaine prime annuelle ; et vous avez pensé vous acquérir ainsi, sans aucune autre obligation anormale de votre part, le droit absolument sûr de toucher, lors de la réalisation du risque garanti, la somme stipulée. Vous avez voulu cela et rien de plus. Mais le monde des juristes n'est pas le monde de la réalité : à nos yeux, vous avez tout lu, tout pesé, tout voulu (1). Bien plus, cette clause que vous considérez comme un piège, c'est vous-même qui êtes censé l'avoir insérée dans le contrat, de concert avec la Compagnie ; cette police contre laquelle vous protestez, c'est vous qui, avec votre cocontractant, l'avez discutée et rédigée ; elle est votre œuvre. En vous en appliquant les dispositions, c'est l'autonomie de votre volonté que nous sanctionnons. De quoi donc pouvez-vous vous plaindre ? »

La fiction dépasse-t-elle ici les bornes permises ? Devons-nous blâmer la doctrine et la jurisprudence d'avoir fait rentrer ces nouvelles institutions dans les cadres juridiques classiques, et de les avoir soumises *de plano* à toutes les règles d'interprétation des contrats ? En d'autres termes, nos conceptions traditionnelles sont-elles réellement aptes à régir, au mieux des intérêts généraux et des exigences de la justice, ces formations juridiques nouvelles ? Nous n'avons pas, pour l'instant, à résoudre ces problèmes. En tout cas, ce n'est pas en vue de ces contrats ou prétendus contrats que la théorie classique a été édifiée. Ceux qui jadis l'ont élaborée et qui ont abandonné les relations humaines

(1) Cf. Trib. de paix de Bordeaux, 14 juin 1904, *Gaz. Trib.*, 16 septembre 1904. « Attendu que, quelque exorbitante ou regrettable que soit une clause semblable écrite en petits caractères d'imprimerie, et le plus souvent inaperçue de l'assuré, *elle doit être considérée comme ayant été connue et acceptée par ceux qui ont signé la police...* »

au libre jeu des volontés autonomes, avaient sous les yeux un autre état social que le nôtre. Avant donc que les jurisconsultes contemporains ne poursuivent plus encore leur systématique assimilation au vieux contrat classique de toutes les institutions nouvelles du commerce juridique, il est sage, disons plus, il est nécessaire qu'ils entreprennent une vérification générale et méthodique des fondements de leur théorie.

B. — Du reste, à mesure que la vie sociale se transformait, des doctrines nouvelles prenaient naissance, qui venaient secouer la torpeur de la science traditionnelle. Désormais il n'est plus possible de s'endormir sur les dogmes classiques et de répéter les vieilles formules avec l'absolue confiance que ces formules suffisent à tout, que ces dogmes sont inébranlables. La question du rôle de la volonté individuelle dans le domaine du droit et celle de l'aptitude du libre contrat à satisfaire à toutes les exigences des relations humaines sont maintenant posées ; il n'est plus permis de les éluder.

C'est en effet aux principes mêmes d'où procède tout notre droit des obligations que l'on s'est attaqué. On ne s'est pas contenté d'affirmer que, sous la pression des réalités nouvelles et des besoins nonveaux, le contrat « allait perdre de sa suprématie ou de son monopole (1) » et « voir décliner son prestige (2) » ; que, d'une part, le droit reconnaîtrait de plus en plus la validité d'engagements procédant non de conventions, mais d'actes purement unilatéraux (3), et que, d'autre part, à côté du droit né de la vo-

(1) R. Saleilles, Préface à l'ouvrage de M. Gény : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, p. II.

(2) Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 213.

(3) R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source*

lonté allait s'élaborer un droit issu de la nécessité (1) : que, de plus en plus, on serait obligé sans l'avoir voulu. C'est le principe même de la force obligatoire des contrats qu'on a déclaré sophistique et contradictoire (2) ; c'est le rôle de la volonté privée dans l'acte juridique qui a été sinon complètement nié, du moins réduit à presque rien (3) ; c'est en un mot le principe d'autonomie, le « dogme de la volonté » (*Willensdogma*) qui a été tout entier mis en question.

Il est faux, affirme Bülow (4) avec les théoriciens les plus intransigeants de la « Déclaration de volonté » (5), il est faux que la volonté constitue l'essence de l'acte juridique. L'acte juridique est sans doute un fait volontaire, comme d'ailleurs toute action humaine : il n'y aurait pas contrat s'il n'y avait volonté de contracter. Il n'en est pas moins

d'obligations, thèse, 1891 ; Tarde, *Les transformations du droit*, 1893, p. 119 s. ; Duguit, *L'Etat, le droit objectif, passim*, notamment p. 52 s., et p. 409.

(1) A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, thèse, 1909, p. 91 s., p. 145 s. — Cf. Hauriou et de Bézin, *La déclaration de volonté en droit administratif français*, *Rev. trim.*, 1903, p. 560.

(2) Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876, liv. I.

(3) O. Bülow, *Das Geständnissrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, 1899.

(4) *Op. cit.*, p. 114 s.

(5) La littérature allemande relative à la théorie générale de l'acte juridique est prodigieusement riche : « fast unübersehbar umfangreiche Literatur », dit Bülow (*op. cit.*, p. 109). On trouvera des indications bibliographiques très étendues dans Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, § 69, et dans Bülow, *op. cit.*, p. 109 s. — Parmi les ouvrages français ayant exposé les controverses allemandes, v. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1901 ; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 597 s. ; Dereux, *Etude des conceptions actuelles du contrat*, *Rev. crit.*, 1901 et 1902 : *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, 1905. — *Adde* : P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. de Lyon, 1911.

vrai que l'acte juridique n'a « *ni la volonté pour contenu, ni pour objet ce qui est voulu* » (1). La volonté n'est qu'une phase passagère de sa formation, rien de plus. Les effets d'un contrat une fois conclu, d'une déclaration une fois émise, se produisent non comme ils sont voulus, mais comme les détermine le droit objectif et comme les exigent le crédit public et la justice sociale.

D'autres (2), plus absolus encore dans leurs affirmations, proclament qu'il faut rejeter hardiment comme vide et sans valeur (3) la notion de contrat et supprimer entre les situations dites contractuelles et les autres situations juridiques les prétendues différences qu'une technique artificielle et vicieuse a cru pouvoir établir. Pas plus dans les unes que dans les autres, nous dit on, les organes du droit n'ont à se faire les serviteurs des volontés individuelles. Le juge est un ministre d'équité ; sa mission n'est pas de scruter des intentions et de donner effet à des volitions, mais de rechercher en tout litige les solutions équitables, de réglementer chaque situation juridique — qu'elle porte ou non l'étiquette de contrat — suivant les exigences de l'idée de justice, dont il puise les éléments dans sa conscience.

Et remarquons bien que ces théories d'apparence révolutionnaire ne restent pas confinées en Allemagne. En France aussi, le dogme de la volonté a trouvé ses négateurs. Un éminent juriste, M. Léon Duguit (4), et avec lui toute l'école dite positiviste, soutient résolument, à l'encontre de l'opinion commune, qu'un acte de volonté individuelle n'a jamais, en tant que tel, une efficacité juridique, et qu'il ne peut

(1) Bülow, *op. cit.*, p. 126.
(2) Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876.
(3) Schlossmann, *op. cit.* Préface, p. V, et liv. I, p. 7.
(4) L. Duguit, *op. cit.*, p. 138 s.

valoir que dans la mesure où il est déterminé par un but de solidarité sociale. Et M. Emmanuel Lévy, qui, dès 1896, dans sa thèse, commençait à soumettre à une critique pénétrante la notion classique du contrat et de ses effets translatifs de droits (1), aboutissait récemment à ces conclusions déconcertantes : « Le contrat n'est pas une cause ; il est une catégorie... Il y a contrat toutes les fois qu'on est obligé sans loi spéciale, sans préjudice, ni enrichissement.. En vain on situe le génie du contrat dans une volonté qui n'ajoute, qui n'enlève rien à l'activité, qui n'en est que l'expression intellectuelle... La question posée au juge n'est pas : si le défendeur veut son obligation ou si le demandeur veut son droit, mais si le demandeur a un droit, une prétention conforme aux croyances sanctionnées, s'il y a, au moment de l'instance, confiance légitime trompée. En somme, il s'agit toujours de croyances qui s'élaborent autour de situations » (2). La volonté n'est qu'une « étiquette de nos croyances, de nos représentations » (3). « *On peut dire ou ne pas dire que le contrat est un acte de volonté. Ce n'est que façon de dire...* La volonté est une idole..» (4).

En présence de ces multiples efforts, qui tendent à saper par la base notre théorie traditionnelle du contrat, n'est-il pas plus que jamais opportun d'entreprendre un examen méthodique de ses principes fondamentaux ?

C. — Jusqu'ici, disions-nous, les juristes français, sauf de

(1) E. Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, 1896, p. 100 s. — Cf. *Responsabilité et contrat*, dans *Rev. crit.*, 1899 ; *L'exercice du droit collectif*, dans *Rev. trim.*, 1903, p. 102.

(2) *La confiance légitime*, *Rev. trim.*, 1910, p. 719-720.

(3) *La transition du droit à la valeur*, *Rev. de métaph. et de mor.*, mai 1911, p. 414.

(4) E. Lévy, *Volonté et arbitrage*, *Rev. socialiste*, 15 mars 1911, p. 241-242.

rares exceptions, se sont assez peu préoccupés de ces graves questions. Du moins les ont-ils rarement abordées d'une manière directe et sous leur forme générale. Mais, à dire vrai, c'est presque chaque jour qu'à propos de problèmes particuliers ils les soulèvent, et qu'indirectement ils les agitent. La plupart des grands débats qui divisent les sociologues, les jurisconsultes et les publicistes, et qui se poursuivent sans trêve au prétoire, dans les revues juridiques ou même dans la presse quotidienne, ne portent-ils pas, en définitive, sur l'antithèse de la justice et de la liberté, sur la nécessaire conciliation à établir entre l'autonomie individuelle et les exigences de la solidarité sociale ? Dans ces perpétuelles discussions sur le contrat de travail et sur sa réglementation légale ou corporative, sur les syndicats et sur le droit de grève, sur le contrat collectif et ses effets à l'égard des tiers, sur le minimum de salaire dans le travail à domicile ou même sur l'arbitrage obligatoire dans les chemins de fer, quelle est la question qui au fond s'agite, sinon celle de savoir quelle portée il faut attribuer au principe classique de l'autonomie de la volonté, quel rôle on doit reconnaître au contrat individuel dans la régulation des rapports humains, quelles limites la justice et l'intérêt général peuvent apporter à la liberté des conventions ? C'est partout le même débat qui se renouvelle. Or ce débat ne gagnerait-il pas en clarté et en fécondité de résultats, si, au lieu de surgir toujours incidemment et sous forme fragmentaire, il se présentait avec l'ampleur et la méthode qu'exige sa solution ?

D. — Enfin, à supposer que les théories classiques dussent sortir intactes de la crise actuelle du contrat, et qu'après avoir dominé notre droit au XIX^e^ siècle, elles fussent encore appelées à le régir au XX^e^, une étude sur le principe d'auto-

nomie aurait toujours, pour notre jurisprudence et pour la science française, l'excellent résultat de leur faire faire un utile *examen de conscience*.

Depuis un siècle que le Code civil a consacré la liberté des conventions, les tribunaux et les interprètes de notre droit positif ont-ils tiré de ce principe fondamental toutes les conséquences qu'il comportait ? Ne l'ont-ils pas trop souvent sacrifié à des considérations de pure technique qui n'auraient jamais dû prendre le pas sur lui ? Habitués depuis l'époque romaine à un système compliqué et rigide de *catégories* juridiques, n'ont-ils pas été trop exclusivement préoccupés de faire rentrer toutes les conventions, quelles qu'elles soient, dans ces cadres prédéterminés, alors même qu'ils n'étaient pas faits pour elles ? Et dans l'espèce de traitement juridique qu'ils ont dû faire subir pour cela aux libres créations des volontés autonomes, n'ont-ils pas été bien souvent conduits par les exigences d'une technique trop tyrannique à dénaturer, sinon à invalider, ces créations (1) ?

D'autre part, le principe de liberté n'est pas seul à régir la matière des obligations et particulièrement celle des contrats. Le Code consacre aussi le principe d'équité et celui de la bonne foi (art. 1134 et 1135). Il a une théorie de la « cause », sur laquelle il a été bien discuté et dont le véritable sens est peut-être l'affirmation de la nécessaire subordination de la volonté contractuelle à la justice, ou même la reconnaissance de l'élément de fonction sociale inclus dans chaque manifestation juridique des droits individuels (2).

(1) V. Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 526 s.

(2) Cf. Hauriou, *Principes de droit public*, p. 35. — V. aussi, sur la théorie de la cause, notre chap. V, sect. II, § 2.

Or, de ces principes que le Code civil proclamait et sanctionnait, notre jurisprudence et notre doctrine ont-elles suffisamment tenu compte dans la mise en œuvre journalière du droit? N'ont-elles pas été portées à ne considérer dans le contrat que l'élément volonté et à laisser de côté tous les autres? Quel usage ont-elles fait de l'art. 1135 : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'*équité*, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » ? Quel parti ont-elles tiré de la doctrine de la cause? Dans la construction des théories sur le contrat et sur les actes juridiques, n'a-t-on pas donné au principe d'autonomie une formule trop large et trop absolue, ne lui a-t-on pas attribué une portée qu'il n'avait pas?

Bien plus, sous l'influence d'une philosophie sociale trop simpliste, n'a-t-on pas eu une tendance à voir dans le contrat, c'est à-dire dans un libre jeu de volontés individuelles, la seule source possible des obligations et des droits, le phénomène juridique élémentaire et fondamental? Et, en conséquence, n'a-t-on pas trop systématiquement refusé de tenir compte des situations juridiques extra-contractuelles? A-t-on donné aux solidarités nouvelles, que la division du travail et les similitudes de besoins ont fait apparaître et se développer de plus en plus dans les groupements humains, l'expression juridique qu'elles réclamaient et à laquelle elles avaient droit?

Dans l'opportunité d'un tel examen de conscience et d'une réponse à toutes ces questions, nous trouvons ainsi un nouveau et dernier motif d'entreprendre la présente étude.

IV

Et maintenant, est-il besoin de dire que nous ne rempli-

rons pas intégralement ce vaste programme ? Nous en fournirons tout au plus un chapitre : ce sera, si l'on veut, le chapitre préliminaire, celui qui, dans toute œuvre de semblable étendue, consiste à *critiquer* avant de *construire*. Nous verrons en effet que la science juridique traditionnelle est fortement imprégnée, quoique parfois peut-être à son insu, d'une certaine doctrine générale de l'autonomie de la volonté, dont les principes, nettement individualistes, ont exercé sur notre droit positif des répercussions profondes. Exposer cette doctrine et en déterminer la valeur, ce sera tout notre dessein.

Nous en dégagerons d'abord les affirmations essentielles (chap. I). Puis nous la suivrons à travers ses multiples manifestations dans les divers domaines du droit privé, nous efforçant tout à la fois d'analyser et de juger les principales théories particulières qu'elle a inspirées (chap. II, III et IV). Enfin, de l'appréciation des conséquences, nous passerons à celle des principes mêmes de la doctrine : ce sera l'objet des deux derniers chapitres. Le chapitre V les examinera au point de vue de la philosophie et de la sociologie générale ; le chapitre VI les confrontera avec les enseignements de l'histoire.

La portée de cette étude sera donc principalement d'ordre critique. Bien qu'il puisse nous arriver, chemin faisant, d'amasser un assez riche butin de conclusions positives, nous ne chercherons pas à faire œuvre directement constructive. Notre travail sera simplement — c'est le titre que nous aurions pu lui donner — une « Etude critique sur la doctrine individualiste classique de l'autonomie de la volonté ».

CHAPITRE PREMIER

LA DOCTRINE INDIVIDUALISTE CLASSIQUE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ.

Sur l'autonomie juridique des volontés individuelles, il existe depuis deux siècles dans notre pays une doctrine, que ses adeptes considèrent comme « la tradition nationale et vraiment française » (1), et qui, pour être vivement combattue de nos jours, n'en continue pas moins à exercer sur la mentalité des jurisconsultes une profonde influence. C'est cette doctrine que nous qualifierons de *classique*. Elle est simple, elle est claire, aucune subtilité ne l'obscurcit, aucune distinction nuageuse ne l'encombre ; et ces qualités bien françaises n'ont pas été étrangères à son succès.

Quelques axiomes la résument. A la base de l'édifice social et juridique se trouve l'individu, c'est-à-dire une volonté libre. La liberté fait de l'être humain son propre maître et son seul maître ; elle le rend infiniment respectable et sacré ; elle l'élève à la dignité de « fin en soi ». Au sens le plus général du mot, le droit n'est autre chose que cette liberté initiale et souveraine qui appartient à tout homme. De la volonté libre tout procède, à elle tout aboutit (2).

De la volonté libre tout procède. En fait, l'individu ne vit

(1) Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 145.

(2) Au « je pense, donc je suis », fondement de la philosophie classique, correspond ainsi, dans l'ordre juridique, un « je veux, donc j'ai des droits ». — Cf. Saleilles, *Personnalité juridique*, 1910, p. 531.

pas isolé : il existe une société, il existe des rapports juridiques. Mais ces relations d'une volonté libre avec d'autres volontés libres ne peuvent être légitimement fondées que sur la liberté même. Les droits primordiaux de l'individu seraient violés, s'il se trouvait soumis à des obligations ou à des lois qui n'eussent pas leur source dans son libre vouloir. Et comme de toutes les manifestations de volonté par lesquelles l'homme peut entrer en relation avec ses semblables, le contrat est la plus réfléchie et la mieux adaptéeà ce but, il s'ensuit qne le contrat est le phénomène juridique par excellence, le fondement sur lequel repose toute institution, l'explication universelle des obligations et des droits. Tout lien juridique qui a à sa base un contrat, est juste, conforme au drpit naturel, parce que conforme à la liberté. Au contraire, toute obligation non consentie serait une injuste tyrannie, une violation de la liberté, une atteinte au droit. Le principe de l'autonomie de la volonté est donc la pierre angulaire de tout l'édifice juridique.

Source d'où tout émane, la liberté est aussi la fin à laquelle tout aboutit, l'idéal auquel tout doit tendre. Consacrer l'autonomie initiale de l'individu, assurer à chaque volonté le maximum d'indépendance qui soit compatible avec l'égale liberté d'autrui : c'est là toute la mission du droit positif. Les seules limites légitimes qu'il puisse apporter à l'autonomie individuelle, doivent donc avoir pour but d'empêcher tout empiétement des uns sur la liberté des autres. A l'intérieur des limites ainsi établies au nom de la liberté même, la volonté est souveraine : le droit doit en tenir pour bonnes toutes les manifestations, et, si ces manifestations sont des contrats, les sanctionner par la contrainte. Sous la seule condition, en effet, que les deux volontés en présence respectent mutuellement leur liberté,

tout contrat est juste ; le droit n'a à se soucier ni de la valeur morale de la fin poursuivie par les parties, ni de la répercussion sociale de leur acte (1).

En un mot, « le droit, c'est l'autonomie de l'être humain » (2).

Dans ce système, on le voit, le principe juridique de l'autonomie de la volonté ne constitue pas un problème spécial, dont on doive chercher la solution dans des concepts supérieurs de justice ou dans des considérations d'utilité sociale. Il se suffit à lui-même. Loin d'exiger une justification, c'est lui qui sert à justifier les autres principes du droit. Il est l'alpha et l'omega de la philosophie juridique. Ce sont les restrictions apportées à son empire qui seules ont besoin d'être légitimées. Voilà pourquoi les jurisconsultes classiques, dans leurs travaux sur les *Obligations* et les *Contrats*, sont si sobres d'explications générales sur le fondement de l'article 1134 et se contentent de se référer au grand principe de la liberté primordiale de l'individu, dont le contrat n'est à leurs yeux que la plus haute des manifestations.

Telle est dans ses grandes lignes la philosophie classique de l'autonomie de la volonté.

(1) La doctrine benthamiste anglaise aboutit aux mêmes conclusions pratiques. Mais, au lieu de se fonder sur le concept rationnel de liberté, elle part de l'empirisme utilitaire. V. Dicey, *Le droit et l'opinion publique en Angleterre au* XIX^e^ *siècle*, tr. fr., 1906, p. 135.

(2) Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 146. — Cf. *Cours de droit civil.* Introduction, 1896, p. 18. — M. Beudant dit, d'autre part, que « le droit, au sens le plus général du mot, est la science de la *liberté* » (*Droit individuel*, p. 5). Cette définition est classique. On la verra, par exemple, maintes fois répétée dans A. Jordan, *Des rapports entre le droit et l'économie politique*, 1885, notamment p. 110.

Il n'est personne, même parmi ses adversaires (1), qui ne reconnaisse que cette doctrine est venue à son heure et qu'elle a exercé en son temps sur l'évolution générale du droit une action féconde et bien souvent heureuse. Ce serait donc s'exposer à n'en pas comprendre la véritable portée et à méconnaître les raisons profondes de son rapide triomphe, que de l'isoler du milieu dans lequel elle est née et des influences multiples dont elle a été le produit. Aussi, avant d'analyser de plus près ses dogmes fondamentaux, voulons-nous raconter brièvement ses origines et signaler les principaux facteurs de tous ordres, qui en ont provoqué l'apparition et déterminé le succès.

SECTION I. — Origines et développement historique de la doctrine classique.

I. — C'est d'abord dans un terrain bien préparé que cette doctrine devait naître. La mentalité juridique traditionnelle constituait en effet pour elle un milieu excellemment propice. On a bien souvent remarqué que « les jurisconsultes, habitués à ne rien chercher au-delà de la règle juridique qui leur sert de guide, ont une tendance à ériger les préceptes de la loi en principes philosophiques (2). » Quelle sympathie ne devaient-ils pas éprouver pour un système qui se présentait comme l'expression la plus remarquable de cet état d'esprit et qui, partant du principe *juridique* énoncé aujourd'hui dans l'article 1134, l'élevait au rang de principe *philosophique* et en faisait le fondement

(1) V. par ex. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 13 et p. 272.

(2) Planiol, *Traité*, t. I, 4e édit., n° 2322.

ultime de tous les rapports humains. C'était le droit devenant à lui-même sa propre philosophie et fournissant la clef de toute la philosophie sociale. Quoi de plus flatteur pour le juriste ? et quoi de plus conforme à son habituelle tendance à n'être que juriste et à voir dans les règles juridiques des principes absolus se suffisant à eux-mêmes ?

D'un autre côté, les jurisconsultes — tout comme les autres hommes — obéissent dans leurs investigations à la grande « loi du moindre effort », qui consiste à user partout des mêmes explications, à tâcher toujours de réduire le nouveau à l'ancien, l'inconnu au connu, le complexe au simple, au risque de dénaturer parfois dans ce travail de réduction les données à expliquer. Un juriste est avant tout un analyste. Or qu'est-ce qu'analyser, sinon ramener un objet à d'autres déjà étudiés, et par conséquent « exprimer une chose en fonction de ce qui n'est pas elle » (1) ?

Dans ces conditions, supposons qu'il s'agisse pour le jurisconsulte de rendre compte d'une institution juridique nouvelle, par exemple de justifier la naissance, dans telle circonstance déterminée, d'un rapport de droit. Tout son effort consistera à comparer cette nouvelle situation juridique à d'autres précédemment analysées et à en tenter les mêmes explications. Or on a de bonne heure constaté que toute obligation a d'ordinaire son fondement prochain dans l'un des trois principes suivants : l'équité, l'intérêt général, la volonté privée (2). Mais l'équité et l'intérêt général sont choses infiniment complexes, à contours très estompés, et par suite fort délicates à apprécier ; impossible de les

(1) H. Bergson, *Introduction à la métaphysique*, dans *Rev. de métaph. et de mor.*, 1903, p. 3.

(2) Voy. à ce sujet Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, p. 23 et suiv.

fixer une fois pour toutes dans des formules concises, aisément maniables. Une manifestation de volonté, au contraire, c'est quelque chose de très facile à saisir et à définir ; rien de plus simple qu'un contrat (1). Aussi une tentation se présente inévitable : rechercher si par un biais quelconque l'institution nouvelle ne pourrait pas être assimilée à un contrat, et si l'on n'y découvrirait pas quelque volonté tacite, source véritable du rapport de droit. Les juristes n'ont pas attendu le XVIIIe siècle pour succomber à cette tentation. Dès l'époque romaine (2), ils avaient déjà commencé à chercher derrière toute obligation quelque intention cachée, à imaginer à l'origine d'une foule de règles légales des contrats tacites ou des quasi-contrats, bref à essayer partout de l'explication contractuelle (3). Dès lors, comment auraient-ils pu se montrer hostiles à l'égard d'une philosophie juridique, qui, par la proclamation du dogme de la volonté et du dogme contractuel, semblait avoir précisément pour objet de fournir à ces vieilles habitudes une justification rationnelle ?

II. — Si l'esprit des juristes était depuis longtemps préparé à faire bon accueil à la théorie que nous étudions, l'esprit des philosophes et des sociologues ne l'était pas moins. Durant le moyen-âge, la philosophie sociale avait été surtout affaire de théologiens ; c'était une annexe de la

(1) Cependant, nous verrons plus loin (chap. III) que, si l'idée de contrat semble « l'idée la plus transparente que l'on puisse concevoir » (Aubry, dans *Clunet*, 1896, p. 728), ce n'est peut-être là qu'une apparence.

(2) Cf. Dereux, *op. cit.*, p. 35 s.

(3) Des exemples nombreux seront indiqués dans les prochains chapitres.

théologie morale (1). Grotius le premier tenta de la constituer à l'état de science distincte et autonome et de « laïciser » le droit naturel (2). Sans doute chez lui le *jus naturae et gentium* reste encore influencé par ses origines théologiques : c'est en Dieu que Grotius trouve le fondement suprême du droit. Mais il déclare pourtant qu'alors même que Dieu n'existerait pas, ou ne s'occuperait pas des hommes, le droit naturel n'en garderait pas moins toute sa valeur (3). Après Grotius, la laïcisation commencée se poursuivit progressivement, si bien qu'au XVIII^e^ siècle le droit rompit finalement ses attaches non seulement avec la théologie, mais aussi avec la morale ; et, dans leur inévitable réaction contre les tendances absolutistes de certains théoriciens du « droit divin », les philosophes furent conduits à chercher l'origine première de l'autorité et du droit non plus en Dieu, mais dans l'homme (4). Entre cette nouvelle conception et l'ancienne, M. Fouillée a fortement marqué l'opposition : « Les écoles catholiques, dit-il, définissent le droit la « conformité à l'ordre divin » ; nous le définirions plus volontiers la conformité à l'ordre humain, à l'ordre des libertés (5). »

(1) V. par exemple la substantielle étude de saint Thomas sur la loi dans *Somme théologique*, I-II, quest. 90-98.

(2) Charmont, *La Renaissance du droit naturel*. 1910, p. 14.

(3) Grotius, *De jure belli et pacis*, Prol. § XI.

(4) Cf. Crétinon, *L'autorité et le contrat* dans *Chronique du Sud-Est*, novembre 1907, p. 319.

(5) A. Fouillée, *La Science sociale contemporaine*, 2^e^ éd., 1885, p. 263. — Cf. du même auteur, *L'idée moderne du droit*, 2^e^ éd., 1883, p. 116. « La philosophie du XVIII^e^ siècle tendit à faire descendre le principe divin dans l'homme, à considérer l'homme comme divin en lui-même et par lui-même : c'est ce qu'on appela plus tard « la divinité immanente à l'homme » se substituant au dogme de la divinité transcen-

Or, d'une pareille révolution philosophique, il est aisé de comprendre quel devait être le résultat. Jusque-là, l'édifice juridique reposait sur l'idée de loi naturelle, sur l'affirmation d'un ordre providentiel déterminé par Dieu et par lui imposé aux hommes et aux sociétés. Les droits subjectifs des individus dérivaient de ce droit objectif primordial ; ils avaient leur source dans leurs devoirs. Désormais, il n'y a plus d'ordre divin, plus de loi providentielle. Les individus humains sont conçus comme des êtres absolus, autonomes, qu'aucune volonté supérieure ne commande ; et l'on pose en principe que le droit doit ignorer s'ils ont une fonction providentielle à remplir ou même simplement une mission sociale à exercer. A l'idée de *loi naturelle* s'est substituée celle de *liberté naturelle*.

A la vérité, cette sécularisation de la philosophie du droit aurait pu conduire à un résultat bien différent. Tout en affranchissant la volonté humaine, dans l'ordre juridique, de toute loi d'origine divine, on aurait pu cependant la soumettre aux prescriptions d'un certain droit de la nature, dont les éléments n'auraient plus été puisés dans la métaphysique et dans la théologie, mais dans les seules données expé-

dante. » — Comp. Acollas, *Philos. de la science politique*, 1877, p. 96 s.

Nous verrons plus loin que Kant fut un des principaux théoriciens de la doctrine classique de l'autonomie. Or il a, plus que tout autre, contribué à répandre cette idée qu'un commandement dont la volonté humaine ne serait pas elle-même la source, serait contraire à sa dignité ; et toute son œuvre morale et juridique se résume dans cette formule d'un ouvrage récent : Kant a « transporté de l'objet au sujet, *de Dieu à l'homme*, le foyer central d'où s'irradie la norme morale ». (Giov. Vidari, *L'individualismo nelle dottrine morali del secolo XIX*, Milan, 1909. V. C. R. de J. Segond dans *Revue philosophique*, octobre 1910, p. 425-430).

rimentales de la sociologie. Ce droit naturel n'eût été que l'ensemble empiriquement déterminé des conditions d'existence et de bon fonctionnement des sociétés humaines. Il y aurait eu ainsi, au-dessus des volontés individuelles, pour constituer la base du système juridique, un *droit social* s'imposant aux hommes en vertu du simple fait de leur solidarité naturelle et exprimant les rapports nécessaires issus de la vie sociale (1).

Mais les esprits n'étaient pas alors préparés à une telle conception. Aux intelligences qu'avait façonnées la culture classique, toute pénétrée de métaphysique, ce droit naturel, séparé de tout fondement d'ordre transcendant, eût paru sans autorité pour commander aux consciences individuelles et se soumettre les libres activités humaines. Reconnaître son empire, c'eût été asservir à une nature aveugle la volonté de l'homme, roi de l'univers. Et puis et surtout, on ignorait alors qu'il existât une *solidarité* sociale (2) ; on n'avait pas encore pris conscience de l'étroite compénétration de la vie individuelle et de la vie collective (3) ; dans

(1) Cf. Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, dans *Livre du centenaire*, p. 107-108. C'est la conception de M. Duguit et de l'école positiviste. — V. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901 ; *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*, 2e édit., 1911. Nous montrerons ailleurs les insuffisances de cette notion du droit.

(2) Que le lecteur se rappelle par exemple le mépris superbe du législateur de 1791 pour les « prétendus intérêts communs » des personnes d'une même profession (Loi Chapelier, 14-17 juin 1791).

(3) Cf. Korkounov, *Théorie générale du droit*, tr. Tchernoff, p. 284 : « Il n'entrait alors dans l'idée de personne que l'individu dépendait du milieu dans lequel il vivait ; pour tout le monde, au contraire, le milieu, l'ordre social n'était déterminé que par le libre arbitre des individus. »

les unités humaines on voyait « comme de petits univers tirant d'eux-mêmes leur propre loi de gravitation et s'ignorant les uns les autres » (1). Volontiers on s'imaginait que tout homme porte en soi l'étoffe d'un Robinson. Ce n'est donc pas à cette époque qu'on pouvait fonder, comme on l'a tenté depuis, tout un système de droit objectif sur le simple fait de la solidarité sociale. La sécularisation du droit devait avoir pour inévitable conséquence d'exalter les idées de liberté, de droit individuel et d'engendrer le dogme de l'autonomie absolue du vouloir humain. *Que la volonté de l'individu soit faite* : voilà désormais la grande loi du droit (2).

III. — Or, c'est au même résultat qu'aboutissait alors toute l'évolution des idées politiques et des théories économiques.

L'histoire des idées politiques au XVIII[e] siècle se résume dans l'affirmation contre l'Etat du droit individuel (3). La lutte séculaire entreprise contre l'absolutisme royal a eu son couronnement dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, c'est-à-dire dans la solennelle reconnaissance par les sociétés modernes d'un nouvel idéal social, à l'opposé

(1) H. Lorin, *Idée individualiste ou idée chrétienne comme fondement du droit*, dans *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 66.

(2) Cf. Léon XIII. Encyclique *Libertas*, 20 juin 1888 : « Hoc enim fixo et persuaso, homini antistare neminem, consequitur causam efficientem conciliationis civilis et societatis non in principio aliquo extra aut supra hominem posito, sed in libera voluntate singulorum esse quaerendum » (Edition des « *Questions actuelles* », t. II, p. 186).— Cf. Encycl. *Immortale Dei*, 1[er] novembre 1885 (même édition, t. II, p. 32-34).

(3) Sur les différents points que nous abordons ici, v. Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*.

de l'idéal antique. Celui-ci visait surtout à proclamer les droits de l'Etat et à fortifier sa puissance ; l'Etat était conçu comme le pasteur d'un peuple en tutelle, comme la Providence des individus, comme le dispensateur bénévole des droits et des faveurs. Ses droits étaient donc les premiers en date et en importance ; ceux de l'individu résultaient d'une concession du souverain (1). Désormais les rapports sont renversés : le souverain, c'est l'individu lui-même ; lui seul a des droits ; l'Etat ne possède que ceux que l'individu lui confère librement ; il n'est plus qu'un simple mécanisme issu des volontés humaines et destiné à faciliter le libre jeu des libertés naturelles. « Toute union sociale, et par conséquent toute constitution politique, ne peut avoir pour objet, dit Sieyès, que de manifester, d'étendre et d'assurer les droits de l'homme et du citoyen (2). » Que l'Etat cesse donc de s'attribuer une mission providentielle ; qu'il cesse de se croire chargé d'âmes et de se considérer comme le gardien de la morale et le bras droit d'une religion ! Qu'à l'avenir, indifférent à toute doctrine philosophique et à tout système de morale, il laisse l'individu s'ériger lui même en maître suprême de ses opinions et de ses actes !...

On voit quelle profonde transformation s'opère ainsi dans l'idée de droit. Dans la pensée des écrivains et des orateurs politiques, les notions de droit et de liberté deviennent rigoureusement identiques. Le droit est un ensemble de *libertés* que l'homme est réputé tenir de « la nature » et posséder

(1) Cette façon d'opposer l'Etat antique à l'Etat moderne est classique dans l'école libérale. Tout en lui reconnaissant une certaine part de vérité, nous la trouvons un peu trop simpliste.

(2) Sieyès, *Préliminaire de la constitution*, lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de constitution, *Arch. Parlem.*, 1re série, t. VIII, p. 256.

antérieurement à toute société. C'est par suite quelque chose que l'individu *oppose* à la société et à l'Etat (1), et qu'il s'agit pour lui de *conserver* malgré l'Etat et malgré la société. Cette conservation ne sera entière que si, dans la vie en communauté, la liberté naturelle de chacun ne reçoit une borne qu'au point seulement où elle commencerait à nuire à la liberté d'autrui. Sous la condition de respecter cette limite, tout doit rester libre pour tous (2).

C'est là, nous assure-t-on, le fond de la conception juridique des temps nouveaux. Un des plus fidèles interprètes de la pensée classique, Ch. Beudant, s'est efforcé d'en donner une formule précise : « Le droit, dit-il, c'est l'autonomie de l'être humain, la faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui-même dans la direction de sa pensée et de ses actes : inviolabilité de la personne, liberté dans ses diverses manifestations, propriété enfin, qui n'est qu'un corollaire de la liberté individuelle. De là, la déclaration des droits ; elle est la charte de l'idée moderne du droit (3). »

Quoi d'étonnant si, dans un système juridique édifié tout entier sur cette base du droit individuel et de la liberté naturelle, une autonomie contractuelle presque illimitée a été reconnue aux volontés humaines ?

Peut-être aurons-nous plusieurs fois, au cours de notre étude, à combattre cette doctrine philosophique qui recon-

(1) Cf. Korkounov, *op. cit.*, p. 352.

(2) Cf. Sieyès, *loc. cit.*, p. 258. On trouvera ces idées sans cesse formulées dans les divers projets de Constitution ou de Déclaration des droits, discutés en 1789 et rapportés dans les *Archiv. Parlem.*, 1re série, t. VIII.

(3) Ch. Beudant, *Cours de droit civil*, Introduction, p. 18 ; *Le droit individuel et l'Etat*, p. 146.

naît à l'individu des droits absolus et sans limite, et qui voit avant tout dans ces droits, non pas des facteurs du bien général, des fonctions tendant harmoniquement à la réalisation de fins supérieures communes, mais des armes dirigées contre le grand ennemi, l'Etat (1), des forteresses où l'individu s'enferme et s'isole pour y régner sans responsabilité et sans contrôle et d'où il jette un perpétuel défi à la société tout entière. Mais nous tenons à proclamer ici, une fois pour toutes, la vérité profonde dont cette doctrine n'est que l'exagération ou plutôt la déformation. Cette vérité, qui se cache sous les formules antisociales de 1789, c'est que tout être humain a un prix inestimable et a droit au respect, c'est que l'individu ne peut être la chose de personne, pas plus de l'Etat que d'un autre individu, c'est qu'aucune société n'est conforme à la justice, si elle ne reconnaît cette valeur propre de tout homme, et si conséquemment elle n'assure aux citoyens cet intangible minimum de liberté individuelle sans lequel ils ne pourraient atteindre leur fin ici-bas. Si cette notion de « l'éminente dignité de la personne humaine » (2) a pénétré à ce point les esprits que désormais elle fait partie constitutive de notre commune conscience, si personne ne saurait plus concevoir l'Etat comme omnipotent et le législateur comme au-dessns de tout droit, c'est pour une bonne part à l'école du droit individuel et à la Déclaration des droits que nous devons ce ré-

(1) Cf. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, *La Révolution*, liv. II, ch. III : « Tous les articles de la Déclaration sont des poignards dirigés contre la société humaine, et il n'y a qu'à pousser le manche pour faire entrer la lame. »

(2) C'est la formule bien connue de M. H. Michel (dans *L'idée de l'Etat*).

sultat (1). Et cela suffit pour que, en dépit de nos critiques ultérieures, nous saluions cette solennelle tentative en vue de limiter *juridiquement* les droits de l'Etat et des collectivités comme un des événements les plus considérables des temps modernes.

IV. — De ce grand fait politique, de cette lutte victorieuse du droit individuel contre l'Etat, un grand fait économique était contemporain, dont l'influence sur nos doctrines juridiques classiques ne devait être ni moins profonde, ni moins durable. Ce grand fait, c'est ce qu'on appelait récemment « le débordement du commerce juridique » ; c'est « le développement de ce tourbillon commercial qui a commencé de se lever au xv^e^ siècle et qui a entraîné successivement dans son aire toutes les couches des populations de tous les pays du monde » (2).

Chez les peuples peu avancés en civilisation, le commerce des échanges n'occupe qu'une place très restreinte : chaque famille produit presque tout ce qu'elle consomme et consomme à peu près tout ce qu'elle produit. Le contrat, instrument par excellence des relations économiques, est donc un phénomène relativement rare. Les rapports juridiques entre les hommes reposent beaucoup plus sur des coutumes, des traditions et des institutions que sur la volonté libre et le contrat. Mais lorsque les professions se spécialisent, lorsque dans chaque branche d'activité humaine la division du travail s'introduit et que la production industrielle vient à se faire en grand, alors les relations d'échange

(1) Cf. Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, *Livre du centenaire*, p. 109-110.

(2) Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 203-204.

se multiplient, s'accélèrent, s'intensifient ; le contrat agrandit son champ d'action et tend peu à peu à la suprématie juridique ; pour s'adapter aux exigences de plus en plus nombreuses et variées du commerce économique, il devient de plus en plus souple et rapide ; et la liberté des conventions apparaît bientôt comme une des principales conditions de prospérité des sociétés humaines.

Dès ses premiers pas, la jeune science économique du XVIIIe siècle dut prendre conscience de ce rôle croissant de l'échange et de la prépondérance du contrat dans la vie des peuples civilisés. En conclure que le contrat individuel d'échange était le phénomène élémentaire de tout l'ordre social (1), fut chose aisée. De là à affirmer que les relations humaines devaient être entièrement abandonnées aux libres conventions, il n'y avait qu'un pas : on n'hésita pas à le franchir ; et ainsi le mot de *Liberté*, qui était déjà la devise des philosophes, devint l'enseigne du nouvel édifice bâti par les économistes. « Liberté des échanges, liberté des contrats, liberté du travail, liberté de la concurrence ! » tel fut l'objet de leurs revendications.

Aussi, à peine les esprits formés à cette école arrivent-ils au pouvoir, qu'ils s'empressent de proclamer le règne absolu de la liberté contractuelle dans le domaine économique et

(1) Cf. Vialatoux, *Devoirs et droits collectifs*, dans *Chronique sociale de France*, décembre 1910, p. 469. Sur l'importance économique du contrat dans la doctrine classique, v. Jordan, *Rapports entre le droit et l'économie politique*, 1885, p. 46 s. et 95 s. — Cf. F. Passy, *Leçons d'économie politique*, 2e éd., t. II, p. 360. L'échange « est la source et le fondement de la société. L'homme est un animal sociable, parce qu'il est un animal qui échange. » Et ce qu'on appelle le milieu social n'est qu'un *marché* économique (Cf. Fr. Hitze, *Capital et travail*, éd. fr., 1898, p. 208).

de détruire toutes les *institutions* de l'ancien droit qui y faisaient obstacle. Les *retraits* de toutes sortes entravaient alors le libre commerce des immeubles : on les supprime. Pour que les *biens communaux* puissent désormais participer aux bienfaits du commerce, on en décrète le partage ; rien ne doit rester en dehors du tourbillon des échanges. Les lois sur l'usure gênaient l'autonomie contractuelle en matière de prêt : au nom de la liberté, elles sont abolies. Détruites aussi les corporations et les maîtrises, obstacles à la liberté du travail et à la liberté de la concurrence. A leur place ne subsistera plus que le contrat individuel, débattu d'homme à homme. « Désormais, dit M. Hauriou, non seulement tout pourra s'acheter et se vendre, mais tout pourra être pris en location, tout mode d'exploitation des terres, et tout mode de travail ne seront plus qu'un contrat de bail, un contrat de louage ou un contrat individuel de travail, en attendant que le lien du mariage lui-même ne soit plus qu'un lien contractuel. C'est le *débordement du contrat* (1). »

Des individus libres et indépendants, maîtres absolus de leur activité et de leurs biens, unis entre eux seulement par des rapports contractuels d'échange, voilà pour les économistes la société (2). Et, selon eux, de l'ensemble de ces libres conventions, où chacun ne poursuit que son intérêt propre, de ce choc des égoïsmes individuels doivent naître infailliblement, en vertu des *lois naturelles*, non seulement le maximum de richesses, mais l'ordre, le bonheur et l'harmonie sociale (3).

(1) Hauriou, *op. cit.*, p. 203.

(2) Cf. R.P. Ch. Antoine, *Cours d'économie sociale*, 3e éd., 1905, p. 214.

(3) « Le monde alors va de lui-même : le désir de jouir et la liberté

L'évolution qui s'est ainsi produite dans les esprits et dans les institutions n'a pas eu pour résultat unique, remarquons-le bien, d'étendre à l'infini le domaine des conventions humaines (1) ; c'est la notion même de contrat qu'elle a radicalement transformée (2).

Jusque-là, on avait toujours conçu le contrat comme dominé par l'idée de justice commutative (3) : on parlait de *juste prix*, de *juste salaire*, bien plus que de liberté des conventions (4) ; et, malgré de sérieuses difficultés pratiques, le législateur était souvent intervenu pour assurer le règne du juste dans les contrats. Les économistes, au con-

de jouir, ne cessant de provoquer la multiplication des productions et l'accroissement de l'industrie, impriment à toute la société un mouvement qui devient une tendance perpétuelle vers son meilleur état possible » (Mercier de la Rivière, *Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, éd. Daire, p. 617, cité dans J. Rambaud, *Histoire des doctrines économiques*, 2e éd., 1902, p. 164). — En d'autres termes, l'action intelligente des hommes n'a pas à chercher à introduire de l'ordre dans le jeu des forces naturelles. Plus ce jeu est aveugle, plus il est ordonné.

(1) Sur cette extension de la sphère du contrat en Angleterre sous l'influence de l'individualisme benthamiste, v. Dicey, *Le droit et l'opinion publique en Angleterre au XIXe siècle*, trad. franç., p. 139 s. et p. 177 s.

(2) Voy., à un point de vue tout différent, sur les transformations que, de nos jours, le développement du « régime des valeurs » tend à opérer dans la notion de contrat commutatif, E. Lévy, *Le lien juridique*, dans *Rev. de métaph. et de mor.*, 1910, p. 823.

(3) V. par exemple l'éloquent mémoire de Daguesseau sur le *Commerce des actions*, dans *Œuvres*, éd. de 1777, t. X. — V. aussi Brants, *La lutte contre l'usure dans les lois modernes*, 1907, chap. I, et, pour la période plus ancienne, Brants, *Les théories économiques aux XIIIe et XIVe siècles*, 1895.

(4) Cf. Duthoit, *L'injustice usuraire vis-à-vis du droit moderne*, dans *Semaine sociale de Rouen*, 1910, p. 208 ; A. de Tarde, *L'idée du juste prix*, th. de Paris, 1906, p. 175 ; Polier, *L'idée du juste salaire*, th. de Toulouse, 1903, p. 25 s.

traire, constatant l'instabilité naturelle des prix de toutes choses, cherchèrent la cause véritable de leur perpétuelle mobilité dans la grande loi de l'offre et de la demande ; et ils virent dans la possibilité même de variations indéfinies une condition éminemment favorable à une production régulière et à une heureuse répartition des richesses. Ils n'eurent pas de peine, au reste, à montrer qu'à vouloir fixer ou contrôler d'autorité les prix et les salaires, les pouvoirs publics n'étaient arrivés parfois qu'à des résultats désastreux. Leur conclusion fut qu'aux yeux du législateur et du juge il ne saurait y avoir ni juste prix, ni juste salaire. En matière d'échanges et de contrats, il n'y a pas de justice objective à laquelle les conventions doivent se conformer ; ce sont les conventions libres qui créent elles-mêmes le juste. En d'autres termes, la justice contractuelle est un fait naturel déterminé par la libre concurrence, non une exigence idéale à laquelle les faits doivent se plier (1). On supprima donc, sauf à la rétablir partiellement plus tard, la vieille institution de la rescision pour lésion d'outre moitié (2), qui était contraire à ces principes. Et défense

(1) A consulter, dans les thèses déjà citées de MM. Polier et de Tarde, les chapitres consacrés aux Physiocrates et aux Economistes de l'école classique.

(2) Cette institution qui, dans notre ancien droit, avait pris des développements assez considérables, fut supprimée par la loi du 14 fructidor an III. Rejetée par les trois premiers projets de Code civil sous prétexte qu'il faut « imprimer un grand caractère aux conventions » (Cambacérès, *Rapport sur le premier projet*, dans Fenet, t. I, p. 9), elle fut partiellement rétablie par le Code civil (art. 1674) sous l'influence de Portalis et du premier consul. — Il est bon de remarquer que la loi du 14 fructidor an III s'explique en partie par les circonstances : le système des assignats avait jeté la perturbation dans la valeur de toutes choses (Cf. Portalis dans Locré, t. XIV, p. 76 et p. 161, et dans Fenet, t. I, p. 513). — Pour plus de détails sur notre ancien

absolue fut faite au juge de s'immiscer jamais dans les libres contrats sous prétexte d'y corriger, au nom d'une imaginaire équité, de prétendues injustices (1).

Les conclusions de la science économique rejoignaient donc celles de la philosophie politique (2) : c'est sur la base de l'autonomie individuelle et du libre contrat que politiques et économistes prétendaient édifier leur idéal social.

V. — Mais il importait de donner à ces tendances des uns et des autres une formule synthétique et définitive, de coordonner ces diverses affirmations pour en constituer un véritable système de philosophie juridique. Deux écrivains surtout y ont contribué : Rousseau et Kant.

Rousseau est peut-être le théoricien du despotisme tout autant que celui du libéralisme. Mais le despotisme du *Contrat social* présente du moins cette particularité qu'il se fonde sur l'idée de liberté ; c'est dans le principe même de l'autonomie de la volonté qu'il prétend trouver son point de départ et sa justification.

« Puisqu'aucun homme, dit Rousseau, n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, restent les conventions pour base de toute

droit et sur la législation révolutionnaire (Lois 14 fructidor an III 3 germinal an V, 19 floréal an VI et 2 prairial an VII), voy. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, p. 138 ; F. Hayem, *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse, 1899. — *Adde*, pour l'ancien droit seulement : Beaune, *Droit coutumier français*, *Les contrats*, 1889, p. 198 s., 223, 242.

(1) C. civ., art. 1134, 1152, 1243. — Voy. J. Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, th. 1905, p. 12 s., et p. 223 s.

(2) On a d'ailleurs maintes fois noté l'influence des économistes sur les doctrines politiques de la Constituante et sur la Déclaration des droits. V. A. Jourdan, *Rapports entre le droit et l'économie politique*, 1885, p. 194 s.

autorité parmi les hommes (1). » Cette prétention de fonder la société sur un contrat n'était certes pas nouvelle. Déjà dans l'antiquité, Epicure avait mis un pacte formel à l'origine de toute société et de toute justice, affirmant même que les non-contractants étaient sans aucun droit, et qu'à leur égard il n'y avait rien de juste ni d'injuste (2). Dans les temps modernes, Hubert Languet, Grotius, Hobbes, Spinoza, Locke (3) avaient fait aussi appel à une convention expresse ou tacite pour expliquer historiquement ou justifier devant la raison soit toute société en général, soit tout au moins la société politique. Mais c'est Rousseau qui, par l'immense succès de son livre, a vraiment popularisé l'idée de contrat social.

« Nous n'avons pas vu de notre temps, dit Sumner-Maine, et le monde n'a vu qu'une ou deux fois dans tout le cours des temps historiques, des travaux littéraires exercer une aussi prodigieuse influence sur l'esprit des hommes de tout caractère et de toute nuance intellectuelle que ceux que publia Rousseau de 1749 à 1762 (4). » Depuis un siècle et demi, cette idée du pacte social s'est en quelque sorte incorporée à notre conscience nationale ; les Français y reviennent sans cesse ; ils ont beau la rejeter en principe, ils finissent toujours par trouver un biais pour la réintégrer

(1) *Contrat social*, liv. I, chap. IV.

(2) V. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 2e éd., 1885, p. 4 ; Guyau, *La morale d'Epicure et ses rapports avec les doctrines contemporaines*, p. 147 s.

(3) Sur ces auteurs, v. P. Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 3e éd., 1887, t. II. On a signalé quelques traces de l'idée de contrat social jusque chez Bossuet. V. Charmont, *Renaissance du droit naturel*, 1910, p. 28.

(4) Sumner Maine, *L'ancien droit*, tr. Courcelle-Seneuil, p. 83.

dans leurs théories politiques et sociales (1). On dirait, à la vérité, que « sans l'hypothèse d'un contrat social implicite ou explicite, l'état social s'effondrerait, comme le monde des Hindous sans l'éléphant imaginaire qui le soutient (2) ».

Quelles étaient donc les données du problème à résoudre ? Rousseau les formule ainsi : « Trouver une forme d'association qui protège et défende de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant (3). » En d'autres termes, étant donné d'une part que l'homme est par nature essentiellement libre et autonome, et d'autre part que la vie en société exige de toute nécessité des restrictions à la liberté naturelle, comment faire que ces restrictions se concilient avec l'autonomie individuelle primordiale ? « Comment faire que les limites de la liberté soient l'œuvre de la liberté (4) ? » « Tel est, ajoute Rousseau, le problème fondamental dont le contrat social donne la solution. »

(1) La remarque en a été souvent faite. Voyez par exemple Fouillée, *op. cit.*, p. XI. Voyez aussi dans Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, 2e édit., 1911, p. 60, l'appréciation portée par l'auteur sur certaines théories de M. Politis.— Cf. également p. 26 : « Sans doute on ne parle plus du contrat social ; l'expression est démodée. Mais on dit participation volontaire des individus à la collectivité ; et le contrat social de J.-J. Rousseau n'était point autre chose. » — On voit par là à quel point les jurisconsultes français sont pénétrés, sans peut-être en avoir toujours clairement conscience, du dogme fondamental sur lequel repose la théorie de Rousseau : le dogme de l'autonomie initiale et absolue de la volonté individuelle.— On sait que la théorie du contrat social a été renouvelée et notablement transformée par M. Fouillée : *Science sociale contemporaine*, 2e édit., 1885 (système de « l'organisme contractuel »).

(2) Tarde, *Transformations du droit*, 1893, p. 116.

(3) *Contrat social*, liv. I, chap. VI.

(4) Fouillée, *op. cit.*, p. 264.

Deux grandes affirmations (1) résument la théorie :

1° « Toute société civile est le produit d'une convention entre tous ses membres, et jamais celui de la force (2). » « L'acte par lequel un peuple est uu peuple (3) » est un contrat. En d'autres termes, les individus ne deviennent membres d'une cité ou d'un Etat que par un acte essentiellement volontaire et libre de leur part.

2° La loi positive est, comme l'Etat, de nature contractuelle ; elle est une clause du contrat social (4). Les obligations qu'elle impose procèdent donc de la volonté même des individus qui y sont soumis. C'est pourquoi elles sont justes ; et c'est pourquoi la loi oblige (5). Obéir à la loi, c'est en définitive obéir à un commandement qu'on se donne à soi-même. Une loi non consentie serait tyrannie. Au contraire, toute loi issue des volontés souveraines est par là-même juste (6).

(1) Cf. Deslandres, *Etude sur le fondement de la loi*. *Revue de droit public*, 1908, t. XXV, p. 21.

(2) C'est là le texte de l'article 1er du projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, présenté à l'Assemblée nationale par M. de Servan le 30 juillet 1789 (*Arch. parlem.*, 1re série, t. VIII, p. 306). Il est, comme bien d'autres textes de cette époque, visiblement inspiré de Rousseau.

(3) *Contrat social*, l. I, ch. 6.

(4) *Contrat social*, l. II, ch. 6. « Les lois ne sont proprement que les conditions de l'association civile... Il n'appartient qu'à ceux qui s'associent de régler les conditions de la société. »

(5) C'est à cette explication que, de nos jours encore, beaucoup d'auteurs ont recours pour rendre compte de la force obligatoire de la loi. Voy. sur ce point E. di Carlo, *Per la dottrina e la storia della filosofia del diritto*, Palerme, 1910, p. 30 s. — A consulter, sur cette question du fondement de la loi, l'étude déjà citée de M. Deslandres (*Rev. de droit public*, 1908, p. 5-37).

(6) C'est cette dernière affirmation qui conduit en politique à légitimer tous les despotismes des majorités réputées les organes de la

Ainsi se trouve résolu le problème. « Il ne faut plus demander comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés (1). » L'autonomie initiale de l'individu se trouve donc sauvegardée : sa volonté libre n'est pas seulement le principe du *droit subjectif*, identique à la liberté même ; elle est aussi la source du *droit objectif*, c'est-à-dire des normes impératives qui organisent et limitent la liberté naturelle.

Remarquons — car nous les retrouverons plus tard — les conséquences considérables qu'entraîne cette conception de la loi et du droit positif au point de vue de la théorie juridique des « sources » (2). Si le droit positif ne puise son autorité que dans un contrat, c'est-à-dire dans un concours de volontés conscientes, la loi en doit être l'unique organe (3), car seule la loi émane de volontés réfléchies et libres.

volonté nationale. « Le souverain, dit Rousseau, par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être... La volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique. » Kant ne raisonne pas autrement (V. *Doctrine du droit*, tr. Barni, p. 169). On a donc bien raison de dire que l'individualisme et l'absolutisme étatiste sont frères. Comme le dit M. Hauriou (*Principes du droit public*, p. 63), « l'individualisme absolu ne peut retrouver la société que par une contradiction et en se jetant dans l'absolutisme de l'Etat ». Cf. Ch. Boucaud, *L'évolution juridique et les tendances sociales*, dans *Chronique sociale*, 1910, p. 429. Rousseau affirme bien dans quelques passages (Cf. Deslandres, *op. cit.*, p. 7) que « ce qui est bien et conforme à l'ordre est tel par la nature des choses et indépendamment des conventions humaines » (*Contrat social*, l. II, ch. 6). Mais cette affirmation doctrinale, qui eût pu conduire à limiter singulièrement la sphère d'autonomie de la volonté législative, ne nous semble jouer en fait aucun rôle dans le système du contrat social.

(1) *Contrat social*, liv. II, chap. VI.

(2) Voy. à ce sujet Saleilles, *L'origine du droit et du devoir*, dans *Revue de philosophie*, 1909, t. XV, p. 146-148.

(3) Cf. les articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La coutume ne sera donc pas comprise parmi les sources juridiques formelles ; ou du moins les rares jurisconsultes qui lui feront une place, en fonderont le caractère obligatoire sur un contrat tacite des intéressés ou sur une reconnaissance implicite de la part du législateur. Quant à la jurisprudence, elle aura mission d'interpréter la loi, jamais de créer le droit : chacune de ses décisions devra être fondée soit sur une disposition de la loi positive, soit sur un contrat individuel ; en d'autres termes, son rôle unique sera d'enregistrer des volontés. Jamais on ne lui reconnaîtra, théoriquement du moins, le pouvoir de découvrir et de sanctionner directement, sans le secours d'un texte, le droit immanent à la nature des choses, d'accueillir dans la cité du droit les institutions nouvelles qui naissent spontanément des rapports humains, bref d'opérer ce qu'on a appelé « une sorte de médiation entre le monde social et la sphère juridique » (1). Dans le système du pacte social, « il n'y a plus de créations historiques ; il n'y a que des créations contractuelles : légalisme dans le droit privé ou constitutionnalisme dans le droit public : les poussées vitales de l'histoire ne pouvant rien contre le droit » (2).

Une autre conséquence, non moins importante, de la doctrine du contrat social, c'est ce qu'on pourrait appeler l' « atomisation » de la société. Si la société humaine n'est qu'un contrat, si elle est l'œuvre libre des volontés individuelles, il s'ensuit que l'individu en est l'élément unique et le seul facteur. Les disciples de Rousseau ne sauront donc voir dans les collectivités humaines que des êtres in-

(1) Gény, *Méthode*, p. 461, en note.

(2) Saleilles, *loc. cit.*, p. 148. — Cf. Gény, dans *Les Méthodes juridiques*, 1911, p. 175 s.

dividuels juxtaposés. Et, comme par ailleurs ils sont très imbus de l'esprit classique, comme leur pensée habituelle va non pas aux hommes concrets, mais à « l'homme en soi », à cet être abstrait qui, semblable à l'unité mathématique ou à l'atome des cosmologies mécanistes, est toujours identique à lui-même (1), la société se réduira pour eux à une collection amorphe d'individus égaux, à une somme d'unités, à un agrégat d'atomes. C'est ce que Korkounov appelle « la conception *mécanique* de la société » ; c'est l'*atomisme social* (2).

En conséquence, dans la société construite selon les principes du contrat social, on détruira toutes les institutions organiques issues du développement de la vie, tous les groupements engendrés par les communautés d'intérêts et les similitudes de besoins. On niera que des solidarités naturelles puissent s'établir parmi les hommes indépendamment de leurs volontés conscientes. Les corporations, les maîtrises et les jurandes seront abolies. On méconnaîtra systématiquement et les lieus de dépendance qui rattachent l'homme au passé, et les liens de finalité supérieure qui l'unissent aux générations futures. Les fondations, les substitutions et tout ce qui implique de larges horizons et de lointaines visées d'avenir, tout cela sera prohibé. Au sein même de la famille, il n'y aura plus que des individus

(1) Cf. Taine, *L'ancien régime*, liv. III, ch. IV, § 1.

(2) Korkounov, *op. cit.*, p. 281 s. Cf. Vialatoux, *Devoirs et droits collectifs*, *Chronique sociale de France*, décembre 1910, p. 469 ; Ch. Boucaud, *L'évolution juridique et les tendances sociales*, *Chron. soc. de France*, novembre 1910, p. 428. Sur les affinités de cette conception « mécanique » de la société avec les systèmes philosophiques des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, voy. Korkounov, *op. cit.*, p. 282. — *Adde*, à un point de vue différent, sur l'influence du cartésianisme, H. Michel, *L'idée de l'Etat*, 3^e^ éd., 1898, p. 64-68.

quelconques engagés dans des liens contractuels quelconques. Et, chose étrange, en mettant en pratique ces conceptions, en réduisant la société en une poussière inorganique d'atomes individuels, on croira accomplir une œuvre d'affranchissement ; on croira libérer les individus et assurer l'épanouissement libre et total de toutes leurs puissances. Bien plus, de peur qu'à l'avenir les hommes ne consentent inconsidérément à renouer les liens ainsi brisés, à forger pour leur liberté de nouvelles chaînes, on s'efforcera de rendre à jamais impossible la reconstitution des anciens organismes et des institutions abolies ; on refusera à l'avance aux solidarités futures toute expression juridique. « L'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession, étant une des bases fondamentales de la Constitution française », il sera « défendu de les rétablir de fait sous quelque prétexte et sous quelque forme que ce soit » (1). Et, dans la législation nouvelle, le mot *association* ne se trouvera plus que sous la rubrique : *Associations de malfaiteurs* ou *Associations illicites* (2). Désormais ne seront plus en présence que des individus isolés et supposés égaux, qui s'agiteront sous l'unique contrôle de l'Etat (3). Entre ces atomes sociaux, le contrat strictement individuel restera le seul organe possible des relations juridiques. C'est l'ère de la suprématie du contrat qui commence.

Nul n'ignore la profonde influence que ces conceptions

(1) Loi Chapelier, 14-17 juin 1791, art. 1.

(2) Crétinon, *Le point de vue individualiste et le point de vue social dans le droit*, *Semaine soc. de Bordeaux*, 1909, p. 138.

(3) Sur ces divers points, l'influence de Rousseau et celle des économistes, de Quesnay entre autres, se rencontrent. V. J. Rambaud, *Histoire des doctrines économiques*, 2e éd., 1902, p. 187.

ont exercée sur notre droit. Maintes fois nous en relèverons des traces au cours de la présente étude. C'est d'elles que nous avons vécu depuis plus d'un siècle. Or, à supposer qu'elles ne se trouvent pas toutes expressément dans l'œuvre de Rousseau, n'est-ce pas cependant pour une large part aux doctrines individualistes du philosophe genevois et à l'état d'esprit qu'elles ont créé en France, que nous les devons ?

VI. — « Rousseau, dit Hégel, proclama la volonté l'essence de l'homme ; ce principe est la transition à la philosophie de Kant, dont il est le fondement (1). » Le philosophe qui édifie toute sa morale sur le principe de l'autonomie de la volonté (2), ne pouvait pas ne pas attribuer à ce même principe dans l'ordre juridique une importance analogue. C'est dans son œuvre que notre doctrine classique a cru trouver son expression la plus parfaite. Nous ne voulons pas dire qu'en cela elle ait vu complètement juste : plus complexe qu'on ne la présente d'ordinaire, peut-être la philosophie juridique de Kant était-elle susceptible d'une interprétation moins individualiste (3). C'est un fait pourtant que l'école française a considéré Kant comme le théoricien par excellence de l'individualisme et du libéralisme juridiques. En 1853, le traducteur de la *Doctrine du droit*, Barni, présentait cet ouvrage au public français comme la

(1) Cité dans Fouillée, *L'idée moderne du droit*, 2e édit., 1883, p. 121.

(2) Voy. à ce sujet Delbos, *La philosophie pratique de Kant*, 1905.

(3) V. la thèse latine de M. Jaurès : *De primis socialismi germanici lineamentis apud Lutherum, Kant, Fichte et Hegel*, 1891, p. 27 suiv. De nos jours, en Allemagne et en Italie surtout, on tend à attribuer à la doctrine kantienne une signification moins exclusivement individualiste.

philosophie des principes de 1789 (1) ; et, parmi bien d'autres auteurs, Paul Janet (2) et Beudant (3) n'ont pas porté sur cette œuvre un jugement différent. Sans doute serait-ce aller trop loin de dire avec certains que la forme française de l'individualisme — l'individualisme rationaliste — procède de l'allemand Kant (4) ; car d'abord elle s'est manifestée avant lui, nous venons de le voir ; et puis trop peu nombreux vraiment ont été dans notre pays, parmi les juristes surtout, les lecteurs du philosophe de Kœnigsberg. Mais si Kant ne fut pas l'initiateur de l'individualisme français, il lui fournit du moins des formules qui l'exprimaient excellemment. Ce sont ces formules seules qu'on a retenues de son œuvre et qu'on s'est plu à citer et à paraphraser. Rappelons donc rapidement les principales.

Comme Rousseau, Kant affirme la volonté individuelle source unique du droit. « Une personne ne peut être soumise à d'autres lois qu'à celles qu'elle se donne à elle-même (soit seule, soit du moins de concert avec d'autres) (5). » Et de même que la *liberté intérieure* est le principe et la fin de toute la moralité, de même la *liberté extérieure* est le fondement et le but suprême de tout le droit. « Il n'y a qu'un seul droit inné. Ce droit unique, originaire, que chacun possède par cela seul qu'il est homme, c'est la *liberté* (l'in-

(1) Kant, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit,* 1796, trad. Barni, 1853. Avant-propos du traducteur, p. 1.

(2) Paul Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 3e édit., 1887, t. II, p. 582.

(3) Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 138.

(4) Cf. Giov. Vidari, *L'individualismo nelle dottrine morali del secolo XIX*. Milan, 1909 (d'après J. Segond, dans *Rev. phil.*, octobre 1910, p. 428).

(5) *Doctrine du droit*, trad. Barni, p. 33.

dépendance de toute contrainte imposée par la volonté d'autrui) en tant qu'elle peut s'accorder suivant une loi générale avec la liberté de chacun (1). » Voilà le droit au sens subjectif ; il est identique à la liberté, à l'autonomie de la volonté. Quant au droit objectif, il est, suivant une définition célèbre, « l'ensemble des conditions au moyen desquelles l'arbitre de l'un peut s'accorder avec celui de l'autre, suivant une loi générale de liberté » (2). Les règles juridiques sont donc les *normes de la liberté* (3). Leur seul objet est de rendre possible la *coexistence* de libertés égales par la délimitation de sphères individuelles où chaque volonté puisse régner souveraine. Quant à l'usage que l'individu fera de sa souveraineté, le droit n'en a cure. « Est conforme au droit ou juste, toute action qui permet, ou dont la maxime permet au libre arbitre de chacun de s'accorder, suivant une loi générale, avec la liberté de tous (4). »

C'est aussi sur l'idée même de liberté que Kant fonde la contrainte, d'après lui inséparable du droit : « Tout ce qui est injuste est un obstacle à la liberté, en tant qu'elle est soumise à des lois générales ; la contrainte... en tant qu'elle sert à écarter un *obstacle fait à la liberté* s'accorde avec la liberté même suivant des lois générales, c'est-à-dire est juste (5). » Ajoutons enfin que, comme Rousseau, Kant voit dans l'idée d'un contrat originaire la seule justification ra-

(1) *Ibid.*, p. 55. — Cf. Kant, *De ce proverbe : cela peut être bon en théorie, mais ne vaut rien en pratique*, dans les Appendices à la *Doctrine du Droit*, trad. Barni, p. 355.

(2) *Ibid.*, p. 44.

(3) Sur cette définition, devenue classique, des règles de droit, v. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, p. 91 s.

(4) Kant, *op. cit.*, p. 45.

(5) *Ibid.*, p. 45.

tionnelle de la société politique (1). Pour lui, comme le dit P. Janet (2), « le contrat social est en quelque sorte la forme *a priori*, sans laquelle nous ne pouvons pas penser un Etat, quelle que soit d'ailleurs son origine empirique ».

Les théories de Rousseau et de Kant eurent en Allemagne un immense succès. Fichte (3), dès ses premiers écrits (4), se fit le disciple enthousiaste du contrat social. Comme Rousseau, mais avec beaucoup plus d'énergie et de fougue (5), il affirma « le droit de ne reconnaître d'autre loi que celle

(1) *Ibid.*, p. 172.

(2) P. Janet, *op. cit.*, t. II, p. 611.

(3) Sur la philosophie juridique de Fichte, v. Stahl, *Histoire de la philosophie du droit*, trad. Chauffard ; P. Janet, *Philosophie de la Révolution française*, p. 20 s., et *Histoire de la science politique*, t. II, p. 627 s. ; H. Michel, *L'idée de l'Etat*, p. 52-55 ; Th. Meyer, *Institutiones juris naturalis*, t. I, 2e éd., 1906, p. 420 s. ; X. Léon, *La philosophie de Fichte*, 1902, p. 211 s.

(4) Fichte, *Beitrag zur Berichtigung der Urtheile des Publikums über die französische Revolution*, 1793 (traduit par Barni) ; *Grundlage des Naturrechts* 1796-1797. — Notons que dans les derniers écrits de Fichte (*Das System der Rechtslehre*, 1812, *Die Staatslehre*, 1813), sa philosophie juridique subit d'assez notables transformations, parce qu'il substitue à l'idéal d'une liberté abstraite, statique et immuable, celui d'une liberté concrète et en acte, c'est-à-dire d'une *libération* progressive. — Voy. L. Perego, *L'idealismo etico di Fichte e il socialismo contemporaneo*, Modène, 1911, et le compte-rendu de cet ouvrage par Segond, dans *Rev. phil.*, 1912, p. 97 s. Voy. aussi le chapitre consacré à Fichte dans la thèse latine, déjà citée, de M. Jaurès.

(5) Logicien à outrance, Fichte ne recule devant aucune des conséquences de ses principes. Si la volonté libre est la source unique de tout droit, là où il n'y a pas de volonté libre, il n'y a pas de droit. L'enfant est donc sans droit. L'infanticide est peut-être un crime contre l'Etat, mais ce n'est pas au nom des prétendus droits de l'enfant qu'on le peut condamner. — Cf. X. Léon, *Philosophie de Fichte*, p. 243. — Même opinion dans Ad. Helfferich, *Die Categorien des Rechts*, 1863, p. 8 (V. le passage cité dans Ihering, *Esprit du droit romain*, tr. fr., t. IV, p. 320).

que l'on se donne à soi-même », et par suite l'origine essentiellement contractuelle de toute règle juridique. Jamais la souveraineté illimitée du vouloir humain et son affranchissement, dans le domaine du droit, de toute restriction d'ordre moral ne furent exaltés avec plus d'exubérance. Sur l'idée de libre contrat, Fichte édifia non seulement toutes les institutions politiques, mais aussi tout le droit civil et même le droit pénal tout entier. Et, dans la construction de ce système à base de contrat, il apporta un tel « fanatisme logique » et un si intrépide mépris de l'expérience (1), que le plus redoutable adversaire de l'individualisme rationaliste, Rudolph von Ihering, put dire de ses *Principes du droit naturel* : « Je ne connais pas de livre, dans toute la littérature juridique, où la folie de la logique, dans la poursuite d'une idée fondamentale erronée, se soit élevée à une hauteur aussi vertigineuse (2). »

De Kant et de Fichte naquit en Allemagne toute une école, qui domina les esprits pendant près d'un demi-siècle et qui est souvent désignée, de l'autre côté du Rhin, sous le simple nom d' « Ecole du droit naturel ». Ses représentants, fort nombreux (3), donnèrent tous comme base à

(1) Voyez par exemple comment il s'adresse aux « empiriques » : « Rousseau, que vous ne vous lassez pas d'appeler un rêveur au moment même où ses rêves se réalisent sous vos yeux, eut beaucoup trop de ménagements pour vous, ô empiriques ! Ce fut là sa faute » (*Considérations destinées à rectifier les jugements du public sur la Révolution française*, 1793. Préface, trad. Barni, p. 87). — Cf. H. Michel, *L'idée de l'Etat*, p. 52.

(2) Ihering, *Der Zweck im Recht*, I, trad. de Meulenaere, p. 377.

(3) On en trouvera une liste assez considérable dans R.-P. Meyer, *Institutiones juris naturalis*, Fribourg-en-Brisgau, t. I, 2e édit., 1906, p. 422-423. Citons seulement parmi les plus connus : Gros, *Lehrbuch des Naturrechts*, 1802, 6e édit., 1841 ; Bauer, *Lehrbuch des Naturrechts*, 1808, 3e édit., 1825 ; et Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftrechts*, 1829.

leurs systèmes le dogme de l'autonomie et le principe du contrat social ; leurs définitions du droit ne firent que reproduire la fameuse maxime kantienne dite de la *coexistence* ; et, pour tous, le droit se réduisit à un ensemble de limitations volontaires et réciproques que les Libertés s'imposent à elles-mêmes. Cette école kantienne ne put résister longtemps aux attaques vigoureuses de la jeune « Ecole historique » : avant même le milieu du XIX^e^ siècle, elle avait déjà succombé. Ses doctrines laissèrent pourtant d'importantes traces parmi les théories juridiques ultérieures (1).

VII. — En France, les diverses influences que nous venons de signaler engendrèrent cette philosophie juridique classique, dont nous indiquions au début de ce chapitre les grandes lignes, et qui paraît se résumer dans le principe de l'autonomie de la volonté. Moins sujette que l'école allemande à l'ivresse métaphysique et moins dédaigneuse de l'expérience de la vie juridique concrète, l'école française se garda des criants paradoxes de Fichte et de son disciple Gros ; elle fut moins absolue dans son amoralisme et dans son individualisme ; elle sut tempérer ses affirmations ini-

2^e^ édit., 1841. Plusieurs de ces ouvrages eurent un notable succès ; c'est ainsi que le traité de Gros avait en 1814, comme on vient de le voir, sa sixième édition. — Mentionnons aussi le célèbre ouvrage, si profondément individualiste, de Guillaume de Humboldt : *Essai sur les limites de l'action de l'Etat*, composé vers la fin du XVIII^e^ siècle et publié seulement en 1861. — V. Challemel-Lacour, *La philosophie individualiste : Etude sur G. de Humboldt*, 1864.

(1) Voy. par ex. les citations de Bruns et de Randa, rapportées par Ihering dans *Fondement des interdits possessoires*, trad. de Meulenaere, 2^e^ édit., 1882, p. 28 et p. 30. — V. aussi *Esprit du droit romain*, tr. fr., t. IV, p. 315 s. Savigny lui-même est resté très fortement influencé par la doctrine qui fait de la volonté l'essence du droit. V. *Traité de droit romain*, tr. Guenoux, § 52 et § 53.

tiales d'autonomie et de liberté par d'utiles correctifs, entre autres par le principe de *l'ordre public* (1). Elle n'en persista pas moins à se maintenir sur les positions premières de Rousseau et de Kant et à répéter les formules de 1789. Le dogme de la volonté et le dogme contractuel continuèrent donc d'inspirer profondément les spéculations juridiques françaises. Et l'on peut dire avec M. Fouillée que, sans avoir rallié tous les esprits, les principes du *Contrat social* et de la *Doctrine du droit* ont fait au XIX^e^ siècle « le fond de la philosophie populaire et de la philosophie universitaire » (2). Pour s'en convaincre, il suffirait de jeter un coup d'œil sur notre littérature de philosophie juridique, par exemple sur les travaux de l'école éclectique de Cousin, sur ceux des néo-criticistes, sur les brillants écrits de M. Fouillée, ou sur le beau livre de M. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, d'une si parfaite orthodoxie libérale.

Nous nous bornons ici à renvoyer le lecteur à ces diverses œuvres, auxquelles bien d'autres pourraient être jointes (3). Si nous n'entreprenons pas de les passer en revue, ce n'est

(1) Toutefois l'ordre public a surtout été conçu par elle comme l'ensemble des *libertés* individuelles et de leurs garanties légales. — Voy. par exemple, Huc, *Traité*, t. I, n° 9, p. 19 : « La liberté impliquant le respect de la liberté d'autrui, implique par conséquent l'ordre public. La devise de 1830 : *liberté, ordre public*, présente donc l'expression des deux faces d'une même idée. »

(2) A. Fouillée, *L'idée moderne du droit*, 2^e^ édit., 1883, p. 133. — Cf. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 145. « En dépit des irréconciliables, des renégats, des frondeurs ou des raffinés, l'idée de liberté envisagée comme principe du droit n'en reste pas moins la tradition nationale et vraiment française, la pure tradition de 89. »

(3) Sur la philosophie juridique française au XIX^e^ siècle, v. Fouillée, *op. cit.* ; A. Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I ; H. Michel, *L'idée de l'Etat*, 3^e^ édit., 1898 ; A. Schatz, *L'individualisme économique et social*, 1907.

pas seulement pour éviter une longue et ennuyeuse répétition de formules sans cesse identiques, c'est surtout parce qu'un tel travail ne servirait que fort peu à notre dessein. A partir, en effet, des premiers commentaires du Code civil, le divorce s'opérait entre la spéculation philosophique et la science du droit. La pensée des philosophes et celle des juristes ont évolué dans des sphères différentes : de la sorte, elles ne se sont pas gênées sans doute, mais aussi elles n'ont pu exercer l'une sur l'autre aucune action. C'est Rousseau, ce sont les doctrinaires de la Révolution, ce sont les économistes qui ont surtout influé sur l'esprit des jurisconsultes. Dès le début du XIX^e^ siècle, les habitudes étaient formées, le pli était pris, la mentalité classique était constituée. Laissons donc de côté les travaux philosophiques postérieurs au Code civil, quelque intéressants qu'ils soient en eux-mêmes, et hâtons-nous de pénétrer enfin sur le terrain proprement juridique, pour y voir désormais à l'œuvre l'idée individualiste d'autonomie et étudier en détail ses diverses manifestations.

Toutefois, avant de nous engager définitivement dans ce domaine des applications, nous croyons utile d'extraire des systèmes qui précèdent et de formuler avec netteté les principes qui leur sont communs et qui constituent, selon nous, les véritables postulats, plus ou moins avoués, de la doctrine classique sur le rôle de la volonté dans le droit. Jusqu'ici ces principes nous ont apparu à travers tout un ensemble d'affirmations d'ordre métaphysique, politique ou économique, dont la connaissance nous était sans doute provisoirement indispensable, mais dont désormais nous n'avons plus que faire. Il nous faut maintenant les montrer pour ainsi dire à nu et en examiner de plus près le sens et la portée.

SECTION II. — Les deux postulats fondamentaux de la doctrine individualiste classique.

Les deux principes de la pure doctrine individualiste et libérale pourraient se formuler ainsi : « D'une part, pas d'obligation sans contrat ; d'autre part, tout engagement contractuel est licite. Seul je peux m'engager ; je peux m'engager à tout ce que je veux (1). » En d'autres termes, toute obligation, pour être juste, doit être librement consentie ; toute obligation librement consentie est juste.

Affirmés par les uns en termes exprès, admis implicitement par les autres ; proclamés parfois comme l'expression actuelle et définitive de toute justice, plus souvent présentés comme un idéal bien lointain auquel on doit « tendre sans y prétendre », ces deux principes semblent dominer toute notre philosophie classique du droit des obligations.

I

En premier lieu, *nul ne peut être obligé sans l'avoir voulu*. « Il n'y a point d'engagement, disait Sieyès, s'il n'est fondé sur la volonté libre des contractants. » En dehors de là, il n'y a que la force, or « les relations qui n'ont d'origine que la force sont mauvaises et illégitimes » (2). « Toute

(1) Crétinon, *Le point de vue individualiste et le point de vue social dans le droit*, dans *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 134.

(2) Sieyès, *Préliminaire de la Constitution*, lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de Constitution (*Arch. parl.*, 1re série, t. VIII, p. 257). Cette opposition entre la volonté libre et la force comme sources possibles d'engagements est très fréquente dans la littérature de la fin du XVIIIe siècle.

justice, déclare M. Fouillée, doit être contractuelle... C'est au contrat, c'est à la justice contractuelle que doivent aboutir logiquement, comme à leur suprême condition et à leur conciliation, les autres formes de la justice (1). »

Peut-être un observateur superficiel pourrait-il croire que certains liens de droit résultent de nécessités inéluctables, sous lesquelles il serait bien malaisé de voir des consentements, même tacites. Simple apparence, sera tentée de dire la doctrine d'autonomie ; la nécessité et la force n'ont aucune valeur juridique ; le droit les ignore. Sous les prétendus « rapports nécessaires des choses », le juriste qui sait voir doit découvrir « des rapports libres de volontés ». La nécessité ne devient le droit qu'en revêtant l'aspect de la liberté (2).

Les répercussions de ce premier dogme sont considérables. Nous en connaissons déjà plusieurs. Ainsi, qu'est-ce que la société civile pour beaucoup de jurisconsultes et de politiques ? Un contrat ou tout au moins un quasi-contrat ; car ce n'est qu'en la considérant comme telle qu'on la peut affirmer légitime. Qu'est-ce que la loi ? Une convention entre des êtres libres qui se commandent à eux-mêmes. Sur quoi repose la famille ? Sur le mariage, c'est-à-dire sur un simple contrat personnel et révocable. « La famille elle-même, dit Rousseau, ne se maintient que par convention (3). « Pourquoi la propriété individuelle est-elle légi-

(1) Fouillée, *Science sociale*, 2e édit., p. 45, 47. — Cf. E. Faguet, *Le libéralisme*, 1902, p. 5-6. « Un droit ! Qu'est-ce qu'un droit ? C'est, ce ne peut être que le résultat d'un contrat... En dehors de cela, il n'y a pas de droit du tout... Tout droit qui ne résulte pas d'un contrat est... un non-sens ».

(2) Cf. Fouillée, *L'idée moderne du droit*, 2e édit., p. 120, et *Science sociale*, p. 41.

(3) *Contrat social*, I, 2. — « Il y a apparence, dit Locke (*Gouverne-*

time ? Parce qu'elle est issue d'un contrat primitif (1), ou bien parce qu'elle « a pour effet l'égalité des libertés et rend possible la justice *contractuelle* » (2). Qu'est-ce que le système des « voies d'exécution forcée » ? C'est « un ensemble de contraintes extérieures, réciproques et *contractuelles* ». Les « mesures exécutives » sont au fond des « voies de liberté » (3).

Mais le droit pénal ? Est-ce aussi par la volonté qu'on va l'expliquer ? Dira-t-on que si le criminel subit un châtiment, c'est parce qu'il l'a voulu ? Que c'est lui-même qui se commande et se punit ? — Oui, certains iront jusque-là, car c'est ainsi seulement qu'à leurs yeux peut se légitimer la peine. Quand je me rends coupable d'un délit, en d'autres termes quand je romps le pacte social, dans le châtiment qui m'est infligé il n'y a « rien d'injuste, *parce qu'*il n'y a rien là en définitive de contraire à ma volonté... Lorsque les lois me contraignent, c'est moi qui me contrains par elles, c'est ma volonté antérieure qui réprime ma volonté présente (4). » On pourrait donc partout, comme à Gênes (5),

ment civil, ch. V), que le gouvernement du père fut établi par un consentement exprès ou tacite des enfants » (cité dans *Contrat social*, édit. Dreyfus-Brisach, p. 12, note 2).

(1) C'est la doctrine soutenue par Grotius, Pufendorf, Heineccius, Rousseau, Fichte, etc.

(2) C'est la justification fournie par M. Fouillée du droit de propriété (*Science sociale*, p. 64). Ailleurs M. Fouillée donne de la propriété cette brillante définition : c'est « la liberté faite visible » (*Idée moderne du droit*, 2e édit., p. 123). On sait d'autre part qu'une doctrine allemande importante voit avant tout dans la propriété l'extension de la puissance de volonté d'un sujet (doctrine de la *Willensmacht*). — Cf. Savigny, *Traité de droit romain*, tr. Guenoux, §§ 52 et 53.

(3) Fouillée, *Science sociale*, p. 267 s.

(4) Fouillée, *Science sociale*, p. 321. Pourquoi faut-il que nous ne puissions lire ce passage sans penser au mot de Martine, battue par Sganarelle : « Et je veux qu'il me batte, moi... Il me plaît d'être battue ! »

(5) Selon Rousseau, *Contrat social*, liv. IV, chap. II.

graver sur la porte des prisons et sur les fers des détenus « la devise du droit : *Libertas* » (1).

Mais laissons toutes ces spéculations sur la loi en général, le pacte social et la peine ; et pénétrons à l'intérieur du droit civil proprement dit, particulièrement dans la théorie des obligations, principal objet de notre étude. Il nous paraît incontestable que nos doctrines juridiques classiques ont eu une tendance bien marquée à considérer le contrat comme l'idée directrice de cette branche du droit, comme l'explication idéale et la source type de tous les rapports juridiques privés. Il suffirait pour s'en convaincre de parcourir les œuvres de leurs principaux représentants. Le dogme contractuel s'est insinué partout : non seulement chez des écrivains politiques comme Sieyès, chez des philosophes comme Kant (2) ou des sociologues comme M. Fouillée, mais encore chez les juristes de profession (3), ainsi que nous le constaterons à chaque pas au cours du présent travail. Et les théoriciens qui se sont efforcés d'en donner la formule ne le

(1) Fouillée, *op. cit.*, p. 322. — A ce propos, veut-on savoir pourquoi Beccaria, le fameux adversaire de la peine de mort, déclare injuste ce châtiment suprême ? C'est, dit-il, parce que dans le contrat originaire les individus n'ont pas pu consentir éventuellement à perdre la vie, personne n'ayant le droit de disposer de son existence ! (Beccaria, *Traité des délits et des peines*, 1744). Rousseau (*Contrat social*, II, 5) et Kant (*Doctrine du droit*, tr. Barni, p. 203-205) le réfutèrent avec vigueur.

(2) Ainsi, lorsque Kant aborde l'étude des « droits personnels » ou obligations, il s'empresse de déclarer que la source de tous ces droits est le concours de deux volontés, le contrat (*Doctrine du droit*, tr. Barni, p. 103-104). — Cf. p. 138-140, les efforts de Kant pour expliquer la succession testamentaire par un contrat.

(3) Et, plus encore peut-être, chez les économistes, qui, considérant l'échange comme le phénomène primordial de la vie sociale, ont fait du libre contrat individuel le seul fait juridique essentiel. — Cf. *suprà*, chap. I, sect. I, 4.

présentent pas seulement comme un idéal rationnel, fondé sur des considérations purement abstraites et *a priori* ; ils prétendent l'appuyer sur une étude attentive des sociétés humaines ; ils croient voir dans l'avènement définitif du règne du contrat l'aboutissant nécessaire de toute l'histoire du droit civil. « Historiquement, dit M. Fouillée, qui ne fait en cela qu'exprimer une opinion très communément répandue (1), historiquement il est incontestable que le régime contractuel tend à dominer de plus en plus dans les sociétés modernes : le droit attache une importance croissante à l'idée de contrat, qui finit par remplir les neuf dixièmes de nos Codes et qui un jour y figurera depuis le premier article jusqu'au dernier. » « Le droit contractuel tend à se confondre avec le droit civil tout entier. »

On le rencontre tout spécialement, ce dogme du contrat, à l'origine de notre Code civil. Il en a comme dominé l'élaboration (2). Voyez, par exemple, comment s'exprime Cambacérès dans son *Discours préliminaire sur le troisième pro-*

(1) A. Fouillée, *Science sociale*, p. 394 et p. VIII. — Cf. H. Spencer, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles, 2e édit., t. III, p. 803 s. ; Sumner Maine, *L'ancien droit*, tr. Courcelle-Seneuil, p. 288 s. ; R. Worms, *De la volonté unilatérale comme source d'obligations*, Paris, 1891, p. 199. — V. aussi, L. Bourgeois, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, p. 45 s. ; C. Bouglé, *Le solidarisme*, 1907, p. 69. — Cf. notre chapitre VI.

(2) Il a surtout profondément inspiré les projets de Code civil de la Convention et du Directoire, où l'influence combinée du *Contrat social* et des principes de 1789 est prépondérante. Si la même influence est encore très sensible dans le texte définitif de 1804, elle y est, comme nous le verrons plus loin, fortement contrebalancée par celle des vieilles traditions des Domat, des Pothier, des Daguesseau. Notre Code civil est peut-être moins individualiste et moins imbu du dogme de la volonté que beaucoup de ses interprètes et la plupart des économistes.

jet : « Le Code civil doit considérer : 1° Les personnes... : 2° Les choses... : 3° Les *obligations* que les hommes *contractent* entre eux relativement au droit de propriété. Ainsi les personnes, les propriétés et les *conventions* sont les trois objets de la législation civile (1) ».

Donc, aux yeux de Cambacérès et de ses contemporains, toute obligation est en principe conventionnelle (2). Qui dit *droit personnel*, dit *droit contractuel*. Voilà pourquoi, loin de distinguer et de séparer la théorie générale des obligations de celle des contrats, les divers projets de Code civil et l'œuvre même de 1804 les ont à ce point mêlées et confondues, que les mots de *convention* et d'*obligation* sont devenus à peu près synonymes ; maintes fois, le législateur les a pris abusivement l'un pour l'autre (3). Beaucoup aujourd'hui se scandalisent de pareilles confusions ; ils oublient que rien n'était plus conforme à la vieille habitude des romanistes de voir dans le contrat le phénomène juridique par excellence (4), et que rien ne s'harmonisait mieux avec la doctrine d'autonomie, alors souveraine.

(1) Fenet, *Travaux préparatoires*, t. I, p. 141. Le discours de Cambacérès sur le deuxième projet s'exprime de même : « Trois choses sont nécessaires et suffisent à l'homme en société : être maître de sa personne ; avoir des biens pour remplir ses besoins ; pouvoir disposer, pour son plus grand intérêt, de sa personne et de ses biens. Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter. Ainsi les personnes, les propriétés et les conventions sont les trois objets de la législation civile » (Fenet, t. I, p. 100).

(2) Cf. la division adoptée par Cambacérès dans son premier projet : Liv. I. De l'état des personnes. — Liv. II. Des biens. — Liv. III. Des contrats. — Liv. IV. Des actions. C'est dans le livre intitulé *Des contrats* que Cambacérès — après avoir déclaré (art. 2) que « les obligations dérivent naturellement des contrats » — traitera en deux articles des obligations non-conventionnelles.

(3) Ex. : art. 711, art. 1131, rubrique du chap. III du titre *Des contrats*, etc...

(4) Cf. *suprà*, sect. I, 1. Peut-être cette vieille habitude est-elle

Quand, poursuivant son discours, Cambacérès aborde la matière des obligations, troisième objet de la législation civile, son langage n'est pas moins remarquable : « L'obligation, dit-il, dérive de deux causes : souvent elle naît d'une convention, ou plutôt elle en est inséparable ; *quelquefois la loi suppose que la convention existe*, et c'est elle alors qui forme l'obligation. La loi et les conventions sont donc les deux sources des obligations. — La loi prescrit des devoirs individuels ; elle détermine des engagements tacites, et elle forme des contrats par les règles seules de l'équité (1). »

Retenons ce passage : il est singulièrement révélateur de l'état d'esprit engendré par le dogme de l'autonomie. Ainsi donc, dans les cas — tenus pour exceptionnels — où la loi semble imposer d'autorité un lien de droit, elle ne fait en réalité que présumer, pour le sanctionner, un contrat tacite. Sous toute obligation *légale*, il y a une volonté implicite qui la motive et la fonde. Trouver cette volonté, et par là concilier l'autonomie individuelle avec les exigences de l'ordre légal, tel doit être le but des investigations du juriste. Nous verrons plus loin avec quelle ardeur les jurisconsultes du XIX^e^ siècle orienteront dans cette voie leurs recherches. L'exemple venait de trop haut pour n'être pas suivi. Désormais, tant que, sous chaque rapport de droit, ils n'auront pas découvert quelque volonté cachée, quelque embryon de contrat, « leur esprit demeurera inquiet, dit

une des causes permettant de comprendre pourquoi la littérature juridique romaine fait des mots *contrahere* et *contractus* un usage aussi varié. Schlossmann (*Der Vertrag*, p. 23-35) cite un très grand nombre de textes d'où il résulte, d'après lui, que ces mots servent à exprimer n'importe quelle situation juridique. Selon cet auteur, le concept de contrat « est tout à fait général et indéterminé, aussi incolore que les concepts de *chose*, *action*, *rapport* » (p. 23).

(1) Fenet, t. I, p. 169.

M. Dereux, comme si on leur parlait d'un fleuve qui n'ait point de source, d'une échelle qui ne reposerait sur rien... L'idée de convention a une vertu explicative si énergique que la seule fiction d'une convention vient tout éclairer (1). »

On dira donc que la communauté légale repose sur un *contrat tacite*, et la dévolution des biens *ab intestat* sur un *testament présumé*. Aux règles du rapport on donnera pour fondement unique la volonté du défunt. C'est à la *commune intention des parties* qu'invariablement on rattachera tous les effets, quelque lointains et imprévus qu'ils soient, des actes juridiques ; et les règles légales sur la vente, le louage et les divers contrats ne seront considérées que comme des *présomptions de volonté*.

Bien d'autres conséquences encore dériveront de ce fétichisme de la volonté et du contrat. Nous en renvoyons l'étude détaillée aux prochains chapitres dont elles feront le principal objet.

Signalons toutefois dès à présent — pour n'y plus revenir — l'étroite parenté des conceptions que nous venons d'exposer avec certaines autres théories fort importantes du droit privé, principalement avec celle de la responsabilité civile.

Respectueuse du contrat jusqu'à la superstitution, notre doctrine classique devait assurément se complaire dans l'étude de cette source type des obligations, et glisser au contraire fort rapidement sur les autres « avec une sorte de honte qu'elles existent et que tout ne se ramène pas au type si parfait du contrat » (2). Aux obligations non-con-

(1) G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, th. 1905, p. 313 314. — Cf. Tarde, *Les transformations du droit*, 1893, p. 119.

(2) Dereux, *op. cit.*, p 313. — Cf. ce que nous avons dit plus haut

ventionnelles, le Code civil ne consacre que dix-sept articles ; encore onze de ces articles visent-ils exclusivement les quasi-contrats, c'est-à-dire des phénomènes juridiques dont le nom barbare indique assez à lui seul qu'ils ne sont pas inconciliables avec le dogme contractuel. Mais, à côté des contrats et des quasi-contrats, il y a les délits et les quasi-délits, objet des articles 1382 à 1386 (1). Or, même ici, le Willensdogma a fait sentir son influence. Et l'on a trouvé un moyen bien simple de ranger les obligations délictuelles ou quasi-délictuelles parmi les « engagements formés volontairement » (2) : ç'a été de faire de la *volonté* l'élément essentiel du délit et du quasi-délit. « La vieille théorie des civilistes, héritée du droit romain, dit M. Duguit (3), range les délits et les quasi-délits civils parmi les causes d'obligations au même titre que les contrats : c'est toujours la volonté qui engendre l'obligation, la volonté conforme à la loi dans le contrat et le quasi-contrat, la vo-

du premier projet de Cambacérès. Treilhard déclarait cependant qu' « une société politique serait bien imparfaite si les membres qui la composent n'avaient entre eux d'autres engagements que ceux qu'ils auraient prévus et réglés par une convention » (dans Fenet, t. XIII, p. 464).

(1) Ces cinq articles, dont on a cru pouvoir se contenter en 1804, se sont révélés en pratique manifestement insuffisants. Le législateur d'alors ne paraît pas s'être douté que c'est sur le court article 1382 que se fonderaient la moitié des contestations qui divisent les hommes. Quel n'aurait pas été son étonnement, s'il avait entendu un jurisconsulte déclarer qu'avec ce seul petit texte « on pourrait faire juridiquement ce que l'on est convenu d'appeler la révolution sociale » ! (E. Lévy, *L'exercice du droit collectif*, *Revue trimestrielle de droit civil*, II, 1903, p. 96).

(2) Art. 1370, al. 3, *a contrario*. — Cf. Dereux, *op. cit.*, p. 315.

(3) Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 221. — Cf. du même auteur, *Droit social*, 2e éd., 1911, p. 19, et R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 482.

lonté contraire à la loi dans le délit et le quasi-délit ;... dans le contrat et le quasi-contrat, c'est la volonté d'un fait licite ; dans le délit et le quasi délit, c'est la volonté d'un fait illicite (1). » « *In hac re*, disait autrefois Grotius, *est aliquid quod ad contractuum naturam accedit... Qui deliquit sua voluntate, se obligasse videtur pœnæ* (2). » Nul ne peut donc dire qu'il est engagé sans l'avoir voulu.

Et qu'on ne s'imagine pas que ces vues doctrinales ne présentent qu'un intérêt purement théorique. Leurs répercussions pratiques sont considérables. Les juristes n'en tireront pas seulement, en effet, cette importante conséquence — contre laquelle souvent proteste l'équité — que les êtres sans volonté, comme le fou ou l'*infans*, sont dans tous les cas absolument irresponsables (3) ; on en déduira surtout que l'idée de *faute subjective* (acte volontaire illicite) est le *seul* fondement rationnel de la responsabilité civile. Contre toutes les tentatives modernes en vue de faire pénétrer dans notre droit l'idée d'une responsabilité *objective*, indépendante de toute faute proprement dite, la doctrine classique

(1) Voy. par exemple, Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, p. 747 et 754 ; Capitant, *Introduction*, p. 208, — De l'article 1370 (al. 3 et 4), il semble résulter : 1° que c'est du délit lui-même (ou du quasi-délit), et non de la règle légale, que procède l'obligation dite délictuelle ; 2° que le délit et le quasi-délit sont des actes *volontaires*. D'où la conclusion de M. Duguit exposée au texte. — Si l'on divisait toutes les obligations en deux groupes seulement : obligations volontaires et obligations légales, on serait autorisé par l'article 1370 à ranger les obligations nées de délits ou de quasi-délits dans le premier groupe, à côté des engagements contractuels. C'est ce que fait M. Capitant (*Introduction à l'étude du droit civil*, 1898, p. 208, n. 2).

(2) V. Schlossmann, *Der Vertrag*, p. 134-135.

(3) Cass., 21 octobre 1901, S. 1902.1.32. — V. Planiol, t. II, 4e éd., n° 878 ; Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 2e éd., 1901, p. 386-389. — Cf. C. civ. all., §§ 827 et 829.

protestera donc avec la dernière énergie (1). Car tout système, quel qu'il soit, de responsabilité « objective » implique nécessairement qu'on peut être obligé en dehors de sa volonté, en vertu simplement des lois naturelles de l'humaine interdépendance et des exigences de la coopération sociale (2).

(1) Sur la conception classique de la responsabilité civile, voy. notamment Saleilles, *Les accidents du travail*, 1897, p. 8 s. — Voy. aussi *ibid.*, p. 73, où M. Saleilles montre bien comment cette conception est à base d'individualisme.

(2) En résumé, à la base de toute notre théorie classique sur les sources des obligations, il y a cette idée que les individus sont de petits absolus, des souverains indépendants, dont la sphère juridique ne saurait être modifiée sans une intervention de leur volonté. « Le véritable esprit du Code, dit M. Demogue (*op. cit.*, p. 482), est qu'un acte ne peut forcer ce que j'appellerai la sphère de souveraineté de chacun, pour y faire naître un droit ou une dette. » Ainsi s'expliquent : *a*) la conception classique, très rigide, de la règle : *res inter alios acta aliis neque prodest neque nocet* ; *b*) la faible place occupée dans le Code civil par la stipulation pour autrui, qui suppose en effet, à l'encontre des principes classiques, qu'on peut faire acquérir directement des droits à un tiers avant tout consentement de sa part, et dont l'énorme développement à notre époque procède, au fond, d'une socialisation plus grande de l'activité humaine et se traduit par une compénétration de plus en plus intime des sphères juridiques individuelles (Cf. à certains égards, C. Vivante, *L'influenza del socialismo sul diritto privato*, trad. dans *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1903, p. 70) ; *c*) le silence gardé par le Code civil sur la théorie de l'*in rem versum*, et les longues hésitations de notre jurisprudence à l'admettre. Cette théorie implique en effet qu'on peut être obligé sans sa volonté, par le simple effet d'un enrichissement procuré par l'activité d'autrui. — Voy. R. Demogue, *op. cit.*, p. 152 et p. 481 s. Si l'article 555 du Code civil dans sa première rédaction (V. Planiol, t. I, 4e éd., n° 2728) reconnaissait en toute hypothèse au propriétaire d'un fonds le droit de faire enlever les plantations, constructions et ouvrages faits sur ce fonds par un tiers même de bonne foi, c'était précisément pour qu'il n'y eût jamais pour lui obligation de payer une indemnité sans son consentement.

Nous ne prétendons certes pas que le système de la responsabilité exclusivement subjective soit né historiquement de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Ce qui est certain, c'est qu'il y a là deux théories très voisines, nous pourrions même dire deux théories sœurs ; elles se complètent et se renforcent mutuellement, et, dans l'esprit de la plupart des juristes, le sort de l'une est associé à celui de l'autre.

Très apparentée aussi au système classique de l'autonomie est, à certains égards, la récente théorie de « la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations » (1), telle du moins que l'ont présentée en Allemagne Kuntze et Siegel, et M. Worms en France. Lorsque en effet ce dernier auteur félicite les promoteurs de la théorie nouvelle de lui avoir découvert « un fondement rationnel dans cette idée que *chacun de nous peut être obligé par sa volonté et seulement par sa volonté* » (2) ; quand il proclame que « le grand principe, le seul auquel puisse s'arrêter notre intelligence », est celui de « l'indépendance du vouloir humain », et qu'il affirme que la reconnaissance de ce grand principe est l'aboutissant de tout le progrès juridique (3), n'est-ce pas toujours du même *Willensdogma* qu'il s'inspire ? Le dogme de la volonté est sans doute interprété d'une manière toute nouvelle : car, jusqu'ici, après avoir engendré le dogme contractuel, il s'était presque identifié avec lui. Mais si désormais on s'efforce de ruiner le second de ces dogmes, c'est toujours du premier que l'on part. Dans le contrat on ne voit plus qu'un dernier reste de ce vieux formalisme sous lequel était autrefois asservi le vouloir individuel ; et la validation par le droit

(1) C'est le titre même de la thèse bien connue de M. Worms.

(2) René Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, thèse, 1891, p. 91.

(3) R. Worms, *op. cit.*, p. 199.

des engagements issus d'une déclaration de volonté unilatérale est exaltée comme la suprême étape de l'évolution juridique « dans le sens de l'affranchissement de la volonté humaine » (1).

II

Tout engagement libre est juste et partant doit être sanctionné par le droit positif : tel est le second postulat de la doctrine classique de l'autonomie. Dans la société idéale, non seulement la volonté individuelle est la source unique des droits et des obligations, mais elle jouit dans l'exercice de cette autonomie d'une absolue liberté. Rien, en principe, ne limite sa puissance juridique créatrice. Les volontés qui contractent n'ont pas à se plier à une justice supérieure : elles créent elles-mêmes le juste. « Qui dit contractuel, dit juste (2). » En sorte qu'on peut leur appliquer le mot de Rousseau : « Le souverain, par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être. »

Que cette liberté illimitée des conventions humaines représente bien l'idéal juridique auquel tendent nos théories classiques, c'est ce que des textes nombreux de philosophes (3), d'économistes et de jurisconsultes (4) pourraient

(1) R. Worms, *ibid.* — Ajoutons toutefois : 1° que c'est dans les besoins pratiques, dans les exigences actuelles de la vie sociale qu'il faut chercher la véritable origine de la théorie nouvelle (cf. Worms, *op. cit.*, p. 98 s.) ; 2° que si la reconnaissance par le droit contemporain de certains engagements d'origine unilatérale semble constituer une extension du principe d'autonomie, ce n'est peut être là qu'une apparence, ainsi que nous l'établirons plus loin.

(2) A. Fouillée, *Science sociale*, 2e éd., p. 410.

(3) V. par exemple le texte ci-dessus cité de M. Fouillée et la critique faite par cet auteur de la conception aristotélicienne de la justice, dans *Histoire de la philosophie*, 9e éd., p. 133 ; Kant, *Doctrine du droit*, tr. Barni, p. 43 s. et p. 169.

(4) Qu'on se reporte en effet aux opinions traditionnelles des écono-

facilement établir ; c'est surtout ce que l'on comprendra fort aisément, si l'on veut bien se rappeler le sens et la portée de

mistes orthodoxes sur l'idée de juste prix, de juste salaire, de juste loyer et sur la liberté du taux de l'intérêt ; et qu'on se rappelle l'hostilité systématique de la science juridique classique contre toute application du principe de la lésion dans les contrats entre majeurs, ainsi que contre toute réglementation légale du contrat de travail. On connaît, dans le sens d'une liberté absolue des conventions, les affirmations souvent reproduites des Turgot, des Bentham (*Lettres sur l'usure*), des Stuart Mill (*La liberté*, p. 17-18, *Principes d'économie politique*, trad. franç , t. II, p 469 s.) et de leurs disciples. — Voy. aussi les citations diverses d'économistes anciens ou contemporains, rapportées dans Deslandres, *L'acheteur*, 1911, p. 391 s., et dans Brants, *La lutte contre l'usure dans les lois modernes*, 1907, *passim*, notamment p. 143, 146, 149 — Voy. encore, sur cette idée que le principe de la liberté des conventions doit être « une règle absolue, sans exception » et que tout contrat libre doit être tenu pour juste, F. Hayem, *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse Paris, 1899, p. 55 s., et les autorités invoquées par l'auteur à l'appui de son opinion. — Cf. les nombreuses critiques adressées au Code civil, au nom de l'autonomie de la volonté, par Batbie, dans *Revision du Code Napoléon*, *Revue critique*, 1866, t. XXVIII (Mémoire lu à l'Académie des sciences morales) et dans *Cours d'économie politique*, 39e leçon. — Au reste, il suffit de jeter un coup d'œil sur un ouvrage quelconque d'économie politique écrit avant ces vingt dernières années (Ex. : A. Jourdan, *Des rapports entre le droit et l'économie politique*, 1885, ouvrage couronné par l'Institut) pour y voir vivement critiqués les auteurs qui, comme E. de Laveleye, admettent qu' « il y a un principe d'équité dominant le libre contrat » (p. 74), et pour y rencontrer fréquemment des affirmations comme celles-ci : « Le socialisme proprement dit est à l'économie politique ce que l'équité est au droit » (p. 294). « L'article 1674 du Code civil et la loi du 3 septembre 1807 (limitation de la liberté de l'intérêt) sont contraires aux vrais principes du droit et de l'économie politique » (p. 219). « Il n'y a pas d'autre juste prix que celui dont les parties ont convenu, à moins qu'on ne relève chez l'une d'elles un vice du consentement... Il ne faut donc voir qu'un caprice législatif contraire au droit dans l'article 1674 » qui « est une tache dans notre Code civil » (p. 74 et 79), etc... — *Adde* : Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, *passim*, notamment p. 148, 141-142, p. 282-283 et p. 98.

la fameuse maxime kantienne de la *coexistence*, que l'école libérale a adoptée avec enthousiasme.

L'objet du droit, nous repète-t-on, est de rendre possible la *coexistence* des êtres libres, en empêchant tout empiètement d'une liberté sur une autre (1). La liberté de chacun, en effet, bien qu'en soi illimitée, doit s'arrêter devant l'égale liberté d'autrui. Mais c'est là sa seule limite *juridique*. « La liberté humaine échappe à toute limitation, dit M. Beudant, et l'usage qu'on en fait à toute répression, tant que la liberté d'autrui n'est pas exposée ou atteinte (2). »

C'est là la conception purement *formelle* du droit (3). Dans ce système, le droit n'a à se préoccuper que de la *forme* extérieure des rapports humains (4) ; il doit simplement s'efforcer d'en assurer la liberté. Mais pourvu que ces rapports soient libres, peu importe leur objet et le but auquel ils tendent, peu importe la nature des intérêts de toutes sortes qui s'y trouvent engagés. Tout acte de volonté individuelle a sans doute un *contenu* : on ne peut vouloir sans vouloir quelque chose ; mais le droit doit se désintéresser de ce « quelque chose », objet de la volonté ; il suffit que ce « quelque chose » soit librement voulu, pour qu'il devienne juste et pour que soit légitime l'emploi de la contrainte en vue d'en protéger la réalisation. *Sit pro ratione voluntas.*

(1) Cf. Roussel, *Encyclopédie du droit*, p. 3. La loi est « la juste limite imposée à l'usage extérieur de la liberté humaine à raison de la coexistence des hommes » (cité par Beudant, *Droit civil*, Introduction, p. 18).

(2) Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 98. — Cf. p. 131, *in fine*. — Cf. aussi Sieyès, dans *Arch. Parl.*, 1re série, t. VIII, p. 258, col. 2. Au reste, cette conception est absolument classique. C'est la pure doctrine de 1789.

(3) Cf. Korkounov, *Théorie générale du droit*, tr. Tchernoff, p. 115 s. ; Ihering, *Esprit du droit romain*, tr. fr., t. IV, p. 315 s.

(4) Comp. Kant, *Doctrine du droit*, tr. Barni, p. 43-44 et p. 355.

Donc, sous la seule condition du respect de la liberté d'autrui, les droits individuels sont absolus et illimités. Le *summum jus*, dont parle le fameux adage, est peut-être condamné par la morale, il n'a rien de contraire au droit (1). Aux yeux de la théorie « formelle » ou libérale, l'idée moderne de l'*abus de droit* ne peut être que la plus monstrueuse des hérésies juridiques (2).

En matière de contrats, les individus jouiront donc de l'autonomie la plus complète. La seule tâche du droit est d'assurer l'égalité des libertés en présence ; tout contrat libre est un contrat juste, quel qu'en soit par ailleurs le *contenu* (3).

De ces principes, peut-être ne serait-il pas impossible de déduire des conséquences qui ne laisseraient pas d'étonner

(1) Préparée par Calvin et l'individualisme protestant, accentuée par Thomasius, puis par Kant, cette séparation du droit et de la morale a été érigée à l'état de principe absolu par Fichte et ses disciples. Contre elle s'est élevée avec énergie l'école italienne de Rosmini, à laquelle se rattache en France M. Boistel. — Voy. A. Boistel, *Cours élémentaire de droit naturel ou de philosophie du droit suivant les principes de Rosmini*, Paris, 1870 ; *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899. — Cf. E. di Carlo : *Per la dottrina e la storia della filosofia del diritto*, Palerme, 1910, p. 41-68. — Sur cette question des rapports du droit et de la morale, v. une excellente dissertation de l'auteur russe Korkounov, *op. cit.*, p. 61-72. — V. aussi R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 13 s.

(2) Comp. Charmont, *L'abus du droit*, dans *Rev. trim. de dr. civ.*, 1912, p. 120 s.

(3) Certains n'hésitent pas à appliquer cette théorie au mariage lui-même, où ils ne voient qu'un contrat comme les autres. D'après Fichte et Gros, par exemple, pourvu que les parties donnent un consentement libre, n'importe quelle forme de mariage doit être tenue pour juridiquement valable (v. gr. mariage temporaire, polygamie, etc.). V. Stahl, *Histoire de la philosophie du droit*, trad. Chauffard, 1880, p. 227 ; Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 1900, p. 6.

beaucoup certains libéraux. Si la justice contractuelle n'exige pour toute condition que l'égalité des libertés, encore faut-il, pour qu'un contrat soit juste, que cette condition se trouve bien remplie. Or, si au lieu d'avoir toujours les yeux fixés sur l'homme en soi, sans cesse identique à lui-même (1), on considérait un peu plus les hommes concrets, si on les voyait tels qu'ils sont, très diversement armés dans la lutte pour l'existence, profondément inégaux en savoir, en besoins, en sécurité à l'égard de l'avenir (2), et plongés dans les mille liens des solidarités plus ou moins étroites qui les enserrent de toutes parts, peut-être alors cesserait on de croire tous les individus également libres (3) et donc justes tous les contrats ; et peut-être en viendrait-on à reconnaître au législateur, à titre de simple « distributeur de la liberté » (4), un rôle des plus étendus, notamment en matière de contrat de travail. Ainsi, sur les bases mêmes du libéralisme, pourrait s'édifier toute une législation ouvrière (5).

(1) Cf. *suprà*, sect. I, 5.

(2) « Chacun de nous vit autant dans l'avenir que dans le présent ; pour se sentir absolument libre dans le présent, il faut être sûr de l'avenir » (Korkounov, *op. cit.*, p. 94).

(3) Cf. Bouglé, *La crise du libéralisme*, *Rev. de mét. et de mor.*, 1902, p. 635 ; H. Lorin, *Idée individualiste ou idée chrétienne comme fondement du droit*, dans *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 78 ; Charmont, *Socialisation du droit*, *Rev. de mét. et de mor.*, 1903, p. 391 ; G. Bevilacqua, *Saggio su la legislazione operaia in Italia*, 1906, p. 28 et p. 30.

(4) Nous empruntons cette expression à M. Fouillée (*Science sociale*, 2e édit., 1885, p. 46).

(5) Il se peut — cela va sans dire — que ce ne soit pas toujours le seul ouvrier qui devrait bénéficier de cette « distribution de la liberté ». Parfois c'est le patron qui n'est pas suffisamment libre en face d'un syndicat puissant. — Cf. sur cette hypothèse, E. Périn, *De la lésion dans le contrat de travail*, th., 1908, p. 128 s.

Mais ce n'est pas dans cette voie, on le sait, que s'est orientée la pensée classique. Pour elle, un patron, c'est un *homme*, c'est-à-dire une volonté libre ; un ouvrier, c'est aussi un homme, une volonté libre. Or, envisagées *in abstracto*, ces libres volontés sont toujours égales (1). De leur rencontre ne peut donc naître qu'un accord libre, et donc un accord juste. Toujours juste par conséquent le salaire accepté ; toujours justes les conditions de travail consenties ; toujours justes les règlements d'atelier, les retenues et les amendes. Toute intervention du législateur serait un abus.

Il résulte de ces principes que la tâche du juge, lorsqu'nn contrat lui est soumis, se borne à résoudre cette unique question : le contrat est-il libre ? S'il est libre, il est conforme au droit. et il n'y a qu'à s'incliner devant l'autonomie souveraine des volontés contractantes. — Mais entre les prestations promises l'équivalence n'existe pas ! — Il n'importe. Il y a équivalence entre les libertés : cela suffit. Là est la vraie justice commutative et la seule justice contractuelle. — Mais voici une onvrière, travaillant à domicile, qui, pour un labeur considérable, a accepté un salaire de misère ! — Elle l'a accepté, dites-vous ; donc il est juste. Sur le taux de ce salaire le juge n'a aucun pouvoir de contrôle ; il n'a pas reçu mission d en assurer l'adaptation aux exigences de la vie (2).

Au reste, ajoute-t-on, comment concevoir que dans un contrat libre l'injustice puisse se glisser ? « Quand quelqu'un

(1) « Un homme vaut un homme » dit à ce sujet M. Berthélemy (V. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, p. 155).

(2) C. de cass., 20 décembre 1852, S. 53.1.101 ; 12 décembre 1853, S. 54.1.333 ; 14 février 1866, D. 66.1.84.

décide quelque chose à l'égard d'un autre, dit Kant, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice ; mais toute injustice est impossible dans ce qu'il décide pour lui-même (car *volenti non fit injuria*) (1). »

Sans doute, si le salaire stipulé ne peut suffire aux besoins de l'existence, un patron bienveillant et bon pourra venir en aide à ses ouvriers ; lorsqu'un accident les frappera, peut-être leur accordera-t-il paternellement une indemnité ; après une vie de dur labeur passée à son service, il aura la générosité de leur servir une pension de retraite. Ainsi seront tempérées les conséquences trop rigoureuses d'une stricte observation des contrats. Mais tout cela, c'est de la charité, ce n'est pas de la justice ; c'est de la *vertu*, dirait Kant, non du *droit* (2). Dans le domaine des conventions humaines, il n'y a qu'un seul précepte de justice, une seule règle de droit : tenir les engagements librement contractés (3).

(1) Kant, *Doctrine du droit*, trad. Barni p. 169. — Cf. Rousseau, *Contrat social*, II, 6. « Nul n'est injuste envers lui-même. »

(2) Cette philosophie classique du droit a eu pour résultat de restreindre singulièrement le domaine de la *justice* au profit de celui de la *charité*. On sait que de nos jours une tendance inverse se manifeste. V. Michel, *L'idée de l'Etat*, p. 640 s. ; L. Bourgeois, *Essai d'une philosophie de la solidarité* ; A. Tissier, *Le Code civil et les classes ouvrières*, dans *Livre du Centenaire*, p. 92-93 ; Charmont, *L'abus de droit*, *Rev. trim.*, 1902, p. 121 ; Fr. Hitze, *Capital et travail*, éd. fr. 1898, p. 200 s. ; Sertillanges, *La justice chrétienne*, dans *Semaine sociale de Saint-Etienne* 1911.

(3) Cf. ces mots écrits au *Matin*, en juillet 1911, par un industriel de Roanne, à l'occasion de la loi sur les retraites ouvrières « L'offre et la demande acceptée lient les patrons et les ouvriers. Salaire remis, rien à redonner ; salaire reçu, rien à demander. » On lira avec intérêt les réflexions de M. de Mun sur cette lettre dans le *Gaulois* de la même époque.

Parvenu à ce point de notre exposé, nous rencontrons une double objection, qu'il importe d'écarter.

« J'appartiens à l'école libérale, nous dira tel jurisconsulte ; je me suis pénétré et nourri des principes de 1789 et des doctrines de l'économie classique ; j'ai lu avec infiniment de plaisir « *Le Droit individuel et l'Etat* » de Beudant. Et cependant j'avoue ne pas me reconnaître dans le tableau que je viens de parcourir. Croyez-vous vraiment qu'il ait jamais existé un seul juriste, admettant sans réserve les deux principes que vous considérez comme des « dogmes classiques » ? Qui donc, parmi ceux qui ont étudié le droit, peut ignorer que la loi positive nous impose des règles rigoureusement impératives, inspirées par des considérations supérieures à toute volonté individuelle ? Qui ne sait que l'*ordre public* oppose à l'autonomie contractuelle des bornes infranchissables ? Inutile donc de pousser plus loin l'examen de ces prétendus principes classiques. La doctrine à laquelle vous semblez vous attaquer n'existe pas, n'a jamais pu exister comme doctrine *juridique* ».

Il est très vrai, répondrons nous, qu'aucun jurisconsulte n'a pu affirmer les formules qui précèdent, sans cesser par là même d'être jurisconsulte. Ce sont, en effet, des formules de philosophes qui construisent un monde idéal, et non pas l'expression adéquate du monde juridique réel. On ne saurait les appliquer au droit tel qu'il est, sans leur faire subir de multiples correctifs (1). Aussi, qu'on ne se méprenne pas

(1) Remarquons en passant que cette impossibilité d'adapter exactement les principes théoriques aux réalités juridiques ne constitue sans doute pas pour les principes un signe de vérité. Si le philosophe ne peut plus conserver, quand il se fait juriste, ses formules de philosophe, c'est peut-être bien parce que sa philosophie, toute construite *a priori*, est inapte à représenter et à régir la vie sociale réelle.

sur le sens de notre exposé. Nous ne prétendons pas que les juristes français du XIXe siècle aient présenté les deux principes dont nous avons parlé, comme traduisant de façon exacte et complète l'état actuel de notre législation positive ; ils auraient dû pour cela fermer les yeux à l'évidence. Mais nous croyons que ces deux dogmes expriment assez bien l'idéal de philosophie juridique dont, consciemment ou non, ils se sont le plus fréquemment inspirés, les postulats, avoués ou cachés, de la plupart de leurs raisonnements Si, pour décrire avec plus de netteté ces tendances générales de l'école classique, nous avons été amené à forcer quelque peu les traits de notre tableau, à en préciser les contours et à en accentuer le relief, ce grossissement inévitable n'a pourtant pas fait de nous un interprète infidèle (1). Les formules que nous avons données ne sont pas sans doute la représentation adéquate de la pensée traditionnelle des juristes, — comment pourrait-on emprisonner dans des concepts rigides quelque chose d'aussi complexe et d'aussi fuyant ? — on peut y voir du moins comme la *limite* idéale à laquelle nos doctrines classiques n'ont cessé de tendre.

Au reste, si là n'était pas l'idéal secret des jurisconsultes, pourquoi se montreraient-ils systématiquement hostiles à toute nouvelle limitation de l'autonomie contractuelle ? Pourquoi critiqueraient-ils si vivement les rares dispositions du Code civil qui restreignent la liberté des conventions (2) ? Pourquoi appliqueraient-ils si rarement le prin-

(1) Cf. à certains égards, Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, tr. de Meulenaere, p. 15, où il est dit que, pour réfuter une théorie, il est parfois indispensable de lui donner d'abord une notion plus claire d'elle-même.

(2) Cf. *supra*, sect. II, § 2, *princ.* en note ; v. notamment les travaux de MM. Batbie, Jordan, F. Hayem. — *Adde* : A. Bertauld, *La liberté civile*, 2e édit., p. 328.

cipe de l'ordre public et des bonnes mœurs, formulé dans l'article 6 (1) ? Et pourquoi diraient-ils que le législateur sort de son rôle, quand il essaye d'assurer plus de justice dans le contrat de travail (2) ? Pourquoi considéreraient-ils toute loi comme un mal, mal nécessaire peut-être, mal néanmoins ? Ecoutons par exemple M. Beudant : « *Toute loi, en soi, est un mal* ; car elle ne peut avoir pour objet que de régler l'usage des droits, et régler l'usage d'un droit c'est inévitablement le limiter (3). »

Remarquons surtout la façon dont M. Beudant justifie la Constituante du reproche d'avoir « égaré les simples d'esprit en propageant l'illusion de droits illimités ». C'est la confirmation la plus nette de notre manière de voir : « L'objection, dit-il, n'a rien de sérieux. Est-il donc nécessaire de rappeler la vieille distinction, banale depuis la scolastique, entre la thèse et l'hypothèse ? La thèse, c'est le principe dans toute sa rigueur, *auquel la doctrine doit demeurer attachée* : c'est *le vrai absolu* ou *le bien en soi* ; l'hypothèse, c'est la concession imposée par les éléments de l'espèce, et conseillée soit dans le raisonnement, soit dans la conduite : c'est le vrai relatif ou le *moindre mal*. Si *le droit, en thèse, se confond avec la liberté idéale ou illimitée*, le droit positif, qui est l'hypothèse c'est-à-dire la pratique, n'admet qu'une liberté limitée, et limitée doublement : par le respect dû aux droits d'autrui, et par les nécessités sociales reconnues par la loi (4).

(1) Cf. Ripert, *Revue critique*, 1907, p. 193 s. — Voy. d'ailleurs, sur la conception classique de l'ordre public, *supra*, chap. I, sect. I, p. 59 n. 1.

(2) Comp. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897, p. 21.

(3) Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 148.

(4) Beudant, *op. cit.*, p. 141-142. Au sujet de cette dernière for-

Quant à la seconde objection annoncée, elle pourrait être tirée du discrédit actuel de ce que nous avons appelé la doctrine classique. « Cette doctrine est morte (1), nous dira-t-on. Depuis près d'un quart de siècle, philosophes et sociologues l'ont abandonnée. Chaque jour l'évolution sociale et juridique lui inflige d'éclatants démentis. A quoi bon s'en prendre à un système, dont les quelques représentants attardés, à l'Institut ou dans l'Université, n'aiment sans doute plus en lui, pour reprendre un mot célèbre, que le souvenir de leur jeunesse ? »

Peut-être en effet le libéralisme a-t-il vécu ; et peut-être l'individualisme rationaliste, legs du XVIII^e^ siècle, a-t-il reçu des coups dont il ne se relèvera plus. Cependant, bien que rejetés de nos jours par la plupart des sociologues et des philosophes, les principes que nous avons formulés vivent toujours dans l'esprit des jurisconsultes. C'est peut-être parce que la réaction qui s'est faite contre eux a dépassé la mesure ; c'est surtout parce qu'on ne se défait pas facilement de croyances et de manières de penser vieilles d'un siècle et plus. Non, ces principes ne sont pas morts. En vertu d'habitudes invétérées, nous les suivons encore, instinctivement et presque à l'aveugle. « Une doctrine ne devient active qu'en devenant aveugle », dit Taine (2). C'est ce qu'a

mule, M. Michoud remarque fort justement que si la deuxième limitation indiquée (nécessités sociales reconnues par la loi) est différente de la première, elle est absolument inexplicable dans le système de M. Beudant. Pour la justifier, il faut sortir de la pure théorie libérale et faire appel à « une autre idée que la liberté de la personne humaine » (Michoud, *La notion de personnalité morale*, dans *Rev. de dr. public*, 1899, t. I, p. 216).

(1) Cf. Bouglé, *La crise du libéralisme*, dans *Revue de métaph. et de mor.*, 1902, p. 635.

(2) Taine, *Ancien régime*, liv. III, chap. III, § 2.

fiat la doctrine individualiste. Au XIX^e^ siècle, — nous l'avons déjà dit (1) — les études générales sur les principes fondamentaux de la théorie des obligations ont été rares ; bien pauvre a été notre philosophie juridique. La conception élaborée au XVIII^e^ siècle n'en a fait sentir que plus fortement son influence. Elle s'est « déposée dans les esprits à l'état de croyance faite, d'habitude prise, d'inclination établie » (2). Elle est devenue, si nous pouvons nous exprimer ainsi, « l'impossibilité de penser autrement ». C'est dans « l'atmosphère immatérielle » constituée par la doctrine individualiste de l'autonomie que nos diverses institutions juridiques se sont développées et qu'elles continuent encore à vivre. Il n'est donc pas inopportun d'entreprendre un examen méthodique de cette doctrine et de ses principales manifestations dans notre droit.

Les trois chapitres suivants auront précisément pour objet l'étude de ses multiples répercussions sur nos théories juridiques particulières. Exposé et critique iront de front, des redites devant être ainsi évitées. Le chapitre II sera consacré à la théorie classique des lois ; le chapitre III à celle de l'acte juridique. Enfin, dans le chapitre IV, nous montrerons, à l'aide d'exemples empruntés à divers domaines du droit privé, comment, d'une manière générale, la doctrine de l'autonomie a conduit les juristes à sans cesse exagérer le rôle juridique de la volonté individuelle, et par suite à méconnaître d'importants éléments de droit objectif.

(1) Cf. *supra*, Introduction, § 2.
(2) Taine, *loc. cit.*

CHAPITRE II

LA DOCTRINE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ ET LA THÉORIE GÉNÉRALE DES LOIS DE DROIT PRIVÉ.

Si la loi n'est que « la juste limite imposée à l'usage extérieur de la liberté humaine, à raison de la coexistence des hommes » (1), et si le droit positif a rempli tout son rôle lorsqu'il a prévenu tout empiétement d'une liberté sur une autre, comment se fait-il que, pour une tâche en apparence aussi minime, des milliers de dispositions législatives soient nécessaires ? On nous dit que « le droit, c'est l'autonomie de l'être humain » (2), que la liberté de la volonté en est le fondement premier et le but suprême ; on ajoute même que « toute loi, en soi, est un mal » (3) ; or, quand nous ouvrons les yeux sur le monde juridique réel, nous apercevons dans les Codes et dans le *Bulletin des Lois* un tel monceau de règles de toutes sortes, qu'il semble impossible de concevoir pour la volonté individuelle un joug plus pesant (4). Si une liberté sans limites est l'idéal auquel doit tendre le droit positif, il faut avouer que nous en sommes encore bien loin !

Moins loin cependant qu'il ne semble, nous répondrait

(1) Roussel, *Encyclopédie du droit*, p. 3. — Cf. *supra*, chap. I.
(2) Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*. Introduction, p. 18.
(3) Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 148.
(4) Cf. les réflexions de Tarde, dans *Les transformations du droit*, 1893, p. 117.

l'école classique ; car le prétendu joug de la loi n'est le plus souvent qu'apparent. Assurément, l'objet premier et essentiel du droit positif, celui dont, à la rigueur, le législateur se pourrait contenter, est de placer entre les libertés les indispensables barrières qui s'opposeront aux empiétements réciproques. Mais, pour atteindre ce résultat, quelques-uns seulement de nos textes législatifs sont nécessaires. — Alors, pourquoi les autres ? — Tout différent est leur objet. Ce ne sont pas, à proprement parler, des règles de droit, mais de simples *présomptions de volonté*. Seules, les dispositions de la première espèce sont véritablement des *impératifs* juridiques ; seules elles constituent *l'ordre public*. Quant aux autres, bien loin de restreindre l'autonomie du vouloir humain, elles ont au contraire pour unique fin d'en multiplier l'efficacité pratique.

Notre volonté, en effet, est souvent infirme, paresseuse, lente dans ses manifestations juridiques. La loi vient à son aide. Admirable de prévenance et de sollicitude, elle pénètre nos volontés semi-conscientes, devine nos intentions tacites et les formule à notre place, aussi bien et même mieux que nous ne pourrions le faire nous-mêmes. Ainsi, s'agit-il de conclure un contrat de vente ? Que d'efforts il nous faudrait, et à quels retards nous serions exposés, si nous devions prévoir, définir et réglementer expressément toutes les conséquences, même les plus lointaines, de notre acte ! La loi nous évite ces retards et nous dispense de ces efforts. Ce que nous pensons et voulons tacitement et d'une manière plus ou moins obscure, elle le dit pour nous, avec toute la précision qui se puisse désirer ; de nos volontés implicites, elle fait des « volontés déclarées ».

Pareillement, le législateur, qui connaît nos affections de famille, prévoit bien à qui nous désirerons à notre décès

transmettre notre patrimoine ; et, dans la crainte que les soucis de l'existence ou les surprises de la maladie ne nous laissent pas le loisir de faire notre testament, il le rédige d'office à notre place, nous évitant jusqn'à la peine d'une simple signature. Qu'est-ce en effet que le titre *Des successions* dans le Code civil, sinon le testament tacite de ceux qui meurent intestats ?

On expliquerait de même la plupart des autres textes légaux. En les édictant, le législateur s'est fait l'interprète docile de nos volontés ; et, quand le juge les applique, c'est le principe même d'autonomie qui reçoit consécration.

A travers ces brèves réflexions, le lecteur a reconnu aisément les principaux traits de notre théorie traditionnelle des lois de droit privé.

Quatre propositions la résument :

1° Les lois de droit privé se divisent en deux groupes : les nnes dominent les volontés individuelles et sont dites *impératives* ou d'*ordre public* ; les autres, abandonnées à ces volontés, portent le nom de lois *interprétatives*, ou *supplétives*, ou *déclaratives* (1).

(1) V. par exemple Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1re édit., 1898, p. 20 s. (dans les éditions postérieures, M. Capitant a justement répudié cette traditionnelle manière de voir ; v. 3e édit., 1912, p. 35 s.) ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, 6e édit., p. 50 ; Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7e édit., t. 1, p. 77 ; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 2e édit., t. I, p. 56 ; Beudant, *Cours de droit civil*, Introduction, p. 121 s. ; Weiss, *Traité de droit international privé*, t. III, p. 112 ; Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, dans *Clunet*, 1896, p. 468 : « Il y a dans l'œuvre de tout législateur deux parties bien distinctes, deux espèces de lois différentes, les unes impératives ,, prohibitives, les autres interprétatives ou supplétives. » — Cf. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7e édit., § 30, p. 69.

2° Il existe une présomption générale en faveur du deuxième groupe. La volonté humaine est en principe autonome et libre ; ce sont les restrictions imposées à son autonomie qui, étant exceptionnelles, ont seules besoin d'une justification. « Aujourd'hui, dit M. Pillet, la liberté humaine est la règle, et les limitations apportées à cette liberté, au nom de l'ordre public, ne se justifient qu'autant qu'elles sont réduites au strict nécessaire et confinées dans leur rôle d'exceptions » (1). Jusqu'à preuve contraire, toute loi sera donc réputée simplement « interprétative ».

3° Puisque la liberté de chacun ne s'arrête qu'au point où elle empièterait sur celle des autres, la loi impérative, qui a pour objet de déterminer cette limite, constitue donc pour les volontés libres une véritable sauvegarde. En conséquence, dans toute règle d'ordre public, principalement en matière contractuelle, le juriste verra avant tout une protection donnée à des libertés.

4° Quant aux autres lois, c'est par des volontés tacites qu'il les faut expliquer (2).

Aucune de ces quatre thèses ne saurait être admise sans réserve.

I. — En abordant la première (3), nous n'ignorons pas

(1) Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*, 1890, p. 18. — Cf. Capitant, *op. cit.*, 1re édit., p. 27.

(2) Ainsi, protéger des libertés et sanctionner des volontés, voilà la double tâche de la loi.

(3) V. à ce sujet, les divers commentaires de l'article 6 du Code civil dans les traités généraux de droit civil. Pour la critique des conceptions traditionnelles, voyez surtout, à des points de vue très divers : De Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899 ; *M. Lainé et les lois d'ordre public*, 1904 ; E. Ehrlich. *Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1899. — *Adde* ; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 565 s.

que nous touchons à l'une des questions les plus confuses et les plus désespérément obscures de tout notre droit : vrai cauchemar pour les juristes. Sur la foi du malencontreux article 6 du Code civil (1) — auquel on a attaché une importance qu'il n'avait certes pas (2), — on a cru que toutes les lois du droit privé devaient nécessairement être classées en deux groupes : les unes impératives, supérieures aux volontés privées, les autres simplement interprétatives de ces volontés et susceptibles d'être écartées par elles. En conséquence, on s'est efforcé de déterminer avec précision les unes et les autres.

Or, si nous parcourons les nombreuses dissertations consacrées à l'étude de cette division générale des lois (3), tout nous y paraît fait pour troubler et dérouter le jeune jurisconsulte. C'est d'abord une terminologie vague, qui,

(1) De Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public*, Préface : « L'article 6 du Code civil est le sphinx qui, pour la première fois, a proposé cette division des lois et demandé aux jurisconsultes de dire quelles sont les lois de l'une et de l'autre espèce. Aucun n'a pu répondre, mais tous ont pris l'énigme au sérieux et recueilli la mystérieuse division. »

(2) M. Huc juge cet article inutile (*Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, n° 187). Proudhon l'appréciait de même (V. Marcel Courtier, *De la notion de l'ordre public*, thèse, 1904, p. 13). M. de Vareilles-Sommières va beaucoup plus loin : pour lui l'article 6, tel qu'on l'entend d'ordinaire, est « d'une insigne fausseté » (*op. cit.*, p. 8). — V. aussi dans Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. I, p. 434, les judicieuses critiques adressées à cet article 6 par le tribun Andrieux. — *Contra* : Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, p. 177 s. ; Ripert, *Revue critique*, 1907, p. 206.

(3) Voy., outre les ouvrages déjà cités, la dissertation de Mauguin dans le *Sirey*, 1809, 2, p. 345 s. ; Alglave, *Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2e édit., 1874, et *Rev. prat. de dr. fr.*, 1868, p. 444, et p. 524 s. ; Henri Masson, *De la notion d'ordre public*, thèse, 1899.

aujourd'hui encore, est loin d'être fixée : ainsi, tandis que, pour la plupart des auteurs, les expressions de « lois impératives » et de « lois d'ordre public » sont synonymes, quelques-uns, comme M. Capitant, ont soin de les distinguer, les lois d'ordre public n'étant pour eux qu'une simple subdivision des lois impératives (1). C'est ensuite une confusion perpétuelle entre des problèmes distincts : ainsi, tantôt il semble s'agir de dresser une liste des lois à l'empire desquelles la volonté ne peut se soustraire, et tantôt d'énumérer les droits subjectifs auxquels les individus ne peuvent renoncer : questions qui, pour être voisines, ne sont pas identiques (2). Ce sont enfin des expressions déconcertantes et des termes indéfinissables. Qu'est-ce, par exemple, que cette prétendue « *dérogation* » aux lois, dont sans cesse on nous parle ? « Déroge »-t-il à la loi successorale, celui qui fait un testament ? Ne pas donner à une loi l'occasion de s'appliquer, faire que l'hypothèse par elle prévue et réglée ne se réalise pas, est-ce « déroger » à cette loi ? Autant dire alors qu'en évitant d'assommer mon voisin et en respectant sa propriété, je déroge à la loi pénale qui punit le meurtre et le vol (3) !

Et quoi de plus insaisissable, de plus troublant que cette fameuse notion de « lois d'ordre public » (4), qui joue un

(1) Capitant, *op. cit.*, 3e édit., 1912, p. 37 s.

(2) Voy. de Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public*, p. 46.

(3) Cf. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 60 et suiv. Voy. aussi une critique très vive de l'idée classique de dérogation aux lois dans Bülow, *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, *Archiv f. d. civil. Prax.*, t. 64, 1881, p. 40 s. et p. 100 s.

(4) Dans l'ouvrage précité, M. de Vareilles-Sommières a critiqué cette notion avec beaucoup de verve.

si grand rôle dans la science juridique traditionnelle et qu'on rencontre à chaque pas dans les recueils judiciaires ? Ce n'est pas que l'idée de l'ordre public soit en elle-même inaccessible ou dénuée de sens : malgré la nécessaire imprécision de ses contours, elle est relativement claire et facile à concevoir. Mais notre doctrine et notre jurisprudence ont tellement abusé du qualificatif « *d'ordre public* », elles s'en sont servies dans des matières si diverses et pour des usages si disparates, qu'il n'est plus un seul jurisconsulte qui se sente capable de lui donner un sens bien défini. A force d'en multiplier et d'en étendre les emplois, on l'a à ce point vidé de tout contenu, qu'il est devenu comme un mot sans idée, *flatus vocis*, simple étiquette dont la seule utilité est d'ordre mnémotechnique (1). Quoi d'étonnant, si, pour introduire un peu de lumière en ces ténébreuses questions, les jurisconsultes en sont réduits à demander une définition de l'*ordre* et du *public* au Dictionnaire de l'Académie (2) !

(1) Il serait aisé d'établir que toute violation d'une « loi d'ordre public » n'engendre pas une « nullité d'ordre public », ni ne constitue d'autre part un « moyen d'ordre public » invocable pour la première fois devant la Cour de cassation ; que toute cause judiciaire, où est invoquée une « loi d'ordre public » n'est pas forcément « communicable au ministère public comme intéressant l'ordre public », etc., etc. Le sens de l'expression « d'ordre public » varie sans cesse *secundum materiam subjectam*. Impossible donc de le définir une fois pour toutes.

(2) C'est ce que font, entre autres, Mauguin, dans *Sirey*, 1809, 2, p. 345 ; Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, p. 83 ; Godmard, *Des conventions illicites et immorales*, thèse, 1902, p. 53. — « L'ordre public, dit M. Japiot (*Des nullités*, thèse de Dijon, 1909, p. 302), emprunte une partie de sa majesté au mystère qui l'environne ; pratiquement sa supériorité s'est bien manifestée surtout par ce fait qu'il est resté toujours au-dessus des efforts tentés par les jurisconsultes pour le définir. »

Nous ne venons pas dissiper la nuit. Nous voulons seulement dire d'où elle est venue.

Tout le mal procède de ce qu'on a voulu faire entrer à tout prix dans cette malheureuse classification, qu'on croyait « exhaustive », *toutes les lois de droit privé* (1). On a cru que c'était un caractère spécifique essentiel de toute disposition législative que sa force de résistance contre la volonté privée, et que, par suite, ce caractère pouvait servir de base à une division générale des lois. C'est qu'en vertu des dogmes classiques on voyait dans la volonté individuelle l'objet et le terme de toute règle de droit, et dans le contrat le phénomène juridique primordial. C'est qu'on ne savait concevoir les lois que comme des limites à la liberté des contrats ou comme des contrats tacites, des présomptions de volonté.

Or rien n'est plus inexact qu'une telle manière de voir. Il y a dans nos Codes une foule de dispositions qui ni ne commandent ni n'interprètent des volontés, pour l'excellente raison que, dans un bon nombre de situations juridiques, l'intervention de volontés individuelles ne se conçoit pas.

(1) On va même jusqu'à y comprendre le droit public. Et alors, on est conduit à nous présenter l'impossibilité pour les particuliers de transformer par un contrat individuel l'organisation politique ou administrative de leur pays, comme une *exception* à la liberté des conventions ! Pareillement, si les individus qui contractent ne peuvent disposer des droits des tiers, ni empêcher l'application des lois édictées dans l'intérêt du public, c'est là encore, nous dit-on, une *exception* au principe de l'autonomie contractuelle ! En d'autres termes, on suppose toujours que l'autonomie de la volonté est naturellement illimitée, et que par suite l'individu peut en principe « déroger » à toutes les lois, sauf à celles qui, *par exception*, sont rigoureusement impératives. C'est, en conséquence, de ces dernières seules qu'on cherche à dresser la liste. Peut-être serait-il plus facile de définir et d'énumérer les autres !

Toute loi ne s'adresse donc pas aux volontés privées ? — Non. La loi s'adresse d'abord au juge, et dans bien des cas elle ne s'adresse qu'à lui (1). Elle a très souvent pour objet, non de restreindre ou d'interpréter des *volontés*, mais de délimiter et de régler des *intérêts*, sans que derrière ces intérêts il y ait des volontés s'exerçant en fait ou même simplement susceptibles de s'exercer (2).

Lorsqu'un fou ou un petit enfant meurt, le législateur organise la dévolution de son patrimoine. Dans quelle catégorie faut-il classer la loi qu'il édicte ? Est-elle impérative ? interprétative ? Est-elle « d'ordre public » au sens courant de ce mot ? ne l'est-elle pas ? La question n'a aucun sens : cette loi ne commande pas, elle n'interprète pas, elle *dispose*. Quelle est la nature des règles relatives à l'accession, au droit de se clore, aux constructions élevées par un tiers sur le terrain d'autrui ? (3). Sont-elles impératives et d'ordre public, comme ayant trait à l'organisation de la propriété ? Faut-il les dire simplement interprétatives ou supplétives, sous prétexte qu'on peut renoncer à user des avantages qu'elles confèrent ? Dans quel groupe placer la règle

(1) Voy. à ce sujet R. von Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, trad. de Meulenaere, p. 225 ; cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 564.

(2) Cf. Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 523 524, 352, et 539 s. — Voy. aussi Capitant, *Introduction*, 3e édit., 1912, p. 45.

A un point de vue plus général, on peut dire — et c'est là une idée sur laquelle nous aurons maintes fois à revenir — qu'une des plus graves erreurs de la doctrine classique consiste à attribuer pour unique objet au droit le *commerce juridique*, tandis qu'en réalité il a aussi pour fonction de régler l'aménagement de l'édifice social et d'organiser des *institutions* (Cf. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 6e édit., p. 7). Or la division générale des lois que nous sommes en train d'étudier n'embrasse pas normalement le droit institutionnel.

(3) Cf. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 142 s.

que « la renonciation à une succession ne se présume pas » (art. 784, C. civ.), celle que « l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier » (art. 785) ? Comment qualifier l'article 488, qui fixe la majorité à vingt et un ans accomplis ? Dira-t on avec M. Beudant (1) qu'il n'est pas rigoureusement impératif, l'article 477 permettant, en effet, de devancer volontairement par l'émancipation les effets de la majorité ? Ne pourra-t-on pas prétendre aussi que les règles relatives à la capacité des personnes ne sont qu'à demi impératives, puisqu'une femme peut modifier elle-même sa capacité en se mariant, et qu'autrefois chacun le pouvait faire en entrant dans un ordre religieux (2) ? Et ne classera-t-on pas également parmi les dispositions non impératives la loi qui fixe un impôt sur les propriétés bâties ? Ne peut-on pas en effet s'y soustraire librement en démolissant les édifices grevés ?

Nous pourrions multiplier indéfiniment ces questions. Sans doute, il n'est pas impossible, nous le savons, de trouver des biais pour faire entrer toutes ces règles juridiques, et bien d'autres encore, dans la classification traditionnelle. Mais alors les notions de loi impérative loi d'ordre public, loi interprétative, loi supplétive prennent un sens si vague, si inconsistant et si variable (3) qu'elles ne sont plus susceptibles d'aucun usage scientifique (4). Dans

(1) Beudant, *Cours de droit civil français*. Introduction, 1896, p. 127.

(2) Cf. Ehrlich, *Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1899, p. 8.

(3) V. dans de Vareilles-Sommières (*op. cit.*, nos 33-85, p. 20-53), l'exposé des vains efforts des jurisconsultes pour les définir, et la critique de leurs perpétuelles contradictions.

(4) Cf. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 47. — Cf. Ehrlich, *op. cit.*, p. 10. « Ein so weiter, allumfassender Begriff, wie dieser Begriff des nichtzwingender Rechtssatzes, ist *wissenschaftlich offenbar unbrauchbar*. »

une théorie rationnelle des lois, on n'a que faire de la division classique (1).

Si l'on veut que cette division offre un sens précis et qu'elle cesse de constituer un « vrai supplice pour l'intelligence » (2), il faut ne pas l'étendre au-delà du domaine où il y a des volontés juridiques à limiter ou à interpréter ; il faut la restreindre aux lois régissant les actes juridiques. C'est donc dans la théorie des actes juridiques qu'elle doit trouver place, et non dans la théorie générale des lois (3).

En présence d'un acte juridique, deux questions se posent pour le jurisconsulte :

1° L'acte est-il valable ? Pour qu'il le soit, le droit exige, entre autres conditions, que sa « cause » ne soit ni prohibée par la loi, ni immorale, ni contraire à l'ordre public (art. 1133) (4).

(1) M. de Vareilles-Sommières, dont la critique procède d'un point de vue tout à fait différent du nôtre, aboutit à la conclusion suivante : « Une division n'est scientifique que quand elle est fondée sur un caractère spécifique d'un des groupes de choses qu'on sépare, c'est-à-dire sur un caractère inhérent à la nature de ces choses. . La division des lois en lois au bénéfice desquelles on ne peut renoncer et lois au bénéfice desquelles on peut renoncer est une division de pur fait, établie non sur un caractère spécifique, mais sur un accident venant du dehors. Elle est analogue à celle qu'on ferait des pères de famille d'après les qualités et manières d'être de leurs enfants... Telle serait encore la division que ferait un naturaliste entre les chiens qui ont et ceux qui n'ont pas la queue coupée » (*op. cit.*, p. 47-49).

(2) De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 8.

(3) E. Ehrlich, *op. cit.*, p. 10 et 255.

(4) Quand une « cause » est-elle *prohibée par la loi* ? Question de pur fait, qu'aucune formule générale ne peut trancher, et dont la solution n'implique en aucune façon une classification préalable des lois en lois prohibant certaines « causes » et lois ne contenant pas de prohibition semblable. Outre qu'une telle division serait bien loin de s'étendre à toutes les lois, elle ne serait fondée sur aucune particularité spécifique des lois comme telles (cf. Vareilles-Sommières, *op.*

The Center for Research Libraries scans to provide digital delivery of its holdings. In some cases problems with the quality of the original document or microfilm reproduction may result in a lower quality scan, but it will be legible. In some cases pages may be damaged or missing. Files include OCR (machine searchable text) when the quality of the scan and the language or format of the text allows.

If preferred, you may request a loan by contacting Center for Research Libraries through your Interlibrary Loan Office.

Rights and usage

Materials digitized by the Center for Research Libraries are intended for the personal educational and research use of students, scholars, and other researchers of the CRL member community. Copyrighted images and texts are not to be reproduced, displayed, distributed, broadcast, or downloaded for other purposes without the expressed, written permission of the copyright owner.

© Center for Research Libraries
Scan Date: June 30, 2010
Identifier: d-g-000142-f2

2° Si l'acte est valable, en d'autres termes, s'il est susceptible de produire des effets de droit, il s'agit de déterminer ces effets. Or très nombreuses sont les lois relatives aux conséquences des actes juridiques. C'est parmi ces lois seulement qu'il convient d'introduire la division classique (1). Etendue au droit tout entier, cette division, nous l'avons vu, est factice et sans valeur, car une foule de lois n'ayant pas pour but direct de restreindre ou d'interpréter des volontés, ce n'est qu'à force de détours et en se fondant sur des caractères purement secondaires et accidentels de ces

cit., p. 47-49) et elle ne constituerait qu'une simple énumération très disparate, sans aucune valeur doctrinale. Quant à l'*ordre public*, à supposer que cette notion doive être conservée (le Code civil allemand l'a complètement rejetée, pour se contenter de la notion de *bonnes mœurs*, à laquelle, il est vrai, on donne de l'autre côté du Rhin un sens plus étendu que chez nous), on ne peut dire qu'elle se réfère à une division générale des lois ; car l'ordre public n'est pas *une partie des lois* ; il est la résultante de l'existence et de l'application de *toutes les lois*, écrites ou non écrites. C'est l'organisation sociale vue à travers la conscience du juge, laquelle représente la conscience juridique moyenne de la collectivité. Il s'agit donc là d'une notion très complexe et très souple, dont le contenu est destiné à évoluer constamment avec l'organisation sociale et avec la conscience juridique collective. A noter d'ailleurs que l'article 1133 a bien soin de distinguer la « cause prohibée par la loi » de la cause « contraire à l'ordre public » et que de nombreux textes ont fait la même distinction (V. par exemple, parmi les textes les plus récents, l'article 32 du projet Doumergue sur le contrat de travail, Chambre, 2 juillet 1906) : ce qui prouve bien que l'ordre public, au sens de l'article 1133, n'est pas une partie des lois.

(1) Notons que dans le Code civil japonais élaboré par M. Boissonade (Code promulgué en 1890, mais dont la mise en vigueur fut ajournée et qui fut remplacé par le Code de 1896), c'est seulement sous la rubrique *De l'effet des conventions* que se trouvait une disposition analogue à l'article 6 de notre Code civil. V. l'article 328 du Livre des Biens dans *Code civil de l'empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs*, tr. off. Tokio, 1891, t. I, p. 130.

lois, qu'on arrive à faire à toutes une place dans la classification. Restreinte, au contraire, aux dispositions concernant les actes juridiques, la division devient claire, commode, importante ; l'objet de ces dispositions, en effet, est précisément de déterminer les résultats de l'intervention des volontés individuelles dans le domaine du droit ; c'est donc une de leurs caractéristiques essentielles que leur puissance plus ou moins grande de résistance à l'égard de ces volontés. On dira donc que certaines de ces règles sont *impératives*, qu'elles doivent trouver application alors même que les particuliers voudraient les écarter ; et que les autres sont seulement *interprétatives* ou *supplétives* de la volonté des parties, la réglementation instituée par elles n'excluant pas toute réglementation divergente d'origine contractuelle.

Même ainsi comprise et restreinte, la division classique, pour s'adapter exactement aux réalités juridiques, demanderait à être assouplie ; il faudrait en multiplier les compartiments. Un examen attentif des lois non impératives nous montrerait aisément, en effet, qu'assez diverse est leur nature, qu'à l'encontre des volontés individuelles leur force de résistance est d'intensité variable, et que, si les unes sont fondées sur des présomptions générales de volonté, les autres reposent beaucoup plus sur des considérations d'équité ou d'intérêt général que sur des intentions tacites (1). — Mais des distinctions de ce genre, inspirées des Allemands, bien des complications vont naître ! Pourquoi ne pas s'en tenir à la vieille classification bipartite qui était

(1) Voy. sur ces questions : Saleilles, *Déclaration de volonté*, 1901, p. 194 s. ; et *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 45 s. ; Ehrlich, *op. cit.*, p. 33 s. — Cf. Stammler, *Die Lehr e von dem richtigen Rechte*, p. 501 ; et *infra*, ch. III, sect. III.

si simple et donc si satisfaisante ? — Assurément, les classifications souples et à compartiments multiples sont plus délicates et plus complexes. Mais qu'importe, si cette complexité engendre dans l'esprit plus de véritable clarté que la trompeuse simplicité de la division classique ? Si nous voulons connaître les choses telles qu'elles sont, résignons-nous à ne voir simples que les choses simples et à trouver complexes les choses complexes.

II. — Rejetant la classification classique des lois, il va sans dire que nous rejetterons aussi, et à plus forte raison, la présomption générale qui lui servait de corollaire, et en vertu de laquelle, jusqu'à preuve contraire, toute loi devait être tenue pour non impérative : l'autonomie individuelle étant la règle, les restrictions à la liberté l'exception. Non seulement une telle présomption serait inapplicable à la totalité des lois de droit privé (1), comme cela résulte des développements qui précèdent, mais même dans la matière spéciale des actes juridiques, elle ne nous paraît pas pouvoir être affirmée comme un principe général. On ne saurait l'admettre en effet — un peu de réflexion l'établirait aisément — ni pour les actes juridiques intéressant la famille, ni pour ceux qui créent ou organisent des droits réels, des personnes morales, ou, d'une manière générale, des situations juridiques opposables aux tiers (2). Si l'on tient absolument à conserver la prétendue présomption en faveur du caractère simplement interprétatif ou supplétif des règles de droit, il faut en restreindre la portée aux lois qui régissent les effets des contrats purement créateurs d'obligations

(1) Cf. Ehrlich, *op. cit.*, Vorwort, p. VI.

(2) Sur ces diverses distinctions, voir l'ouvrage précité de Ehrlich, *passim*, notamment p. 257.

personnelles. Mais, à dire vrai, c'est plutôt à propos de chaque groupe de lois ou même de chaque loi en particulier que la question doit être posée et examinée (1) ; et pour la résoudre, il faut, en dehors de tout principe *a priori*, s'inspirer directement du but objectif de la loi et des exigences d'ordre psychologique ou sociologique révélées par l'expérience (2).

III. — Nous avons signalé, comme troisième caractère de la philosophie classique des lois, une habituelle tendance à voir avant tout dans les règles dites d'ordre public, particulièrement en matière contractuelle, des sauvegardes données aux libertés individuelles. Pour l'individualisme, ces règles ont leur principe et leur fin dans les droits subjectifs de l'individu (3) beaucoup plus que dans des principes de justice supérieure ou d'intérêt social.

C'est ainsi que les formalités exigées par le droit pour les *actes solennels*, pour le contrat de mariage par exemple, sont d'ordinaire présentées par les jurisconsultes comme destinées surtout à protéger l'indépendance et la liberté des parties (4). En fait, est-ce bien là leur véritable but, ou du moins leur fin principale ? Nous ne voulons pas examiner en détail cette question (5). Il ne serait cependant pas dif-

(1) Ehrlich, *op. cit.*, p. VI.

(2) Cf. Gény, *Méthode*, p. 550.

(3) Cf. toute la littérature de 1789, v. gr. le Projet de déclaration des droits de M. de Servan, art. 8 et 10, dans *Arch. parlem.*, 1re série, t. VIII, p. 306.

(4) V. par ex. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e édit, 1912, p. 37-38.

(5) Nous nous contentons, dans tout ce passage, d'indications très rapides, car il s'agit de règles proprement *impératives*, que tous considèrent comme supérieures au libre arbitre des individus, et dont

ficile, croyons-nous, de découvrir dans l'intérêt des tiers et surtout dans celui de la famille, des raisons beaucoup plus plausibles de ces formalités.

Nous en dirions tout autant de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, dans laquelle cependant « la plus grande partie de la doctrine voit une règle de pure protection individuelle, ayant pour but de sauvegarder la liberté réciproque des époux » (1).

Pareillement, il suffirait de jeter un coup d'œil sur l'histoire pour se convaincre que les lois sur l'usure et sur le taux de l'intérêt sont bien moins, comme on le répète, des protections accordées à la volonté des emprunteurs que des règles objectives de justice commutative.

Les autres lois impératives suggèreraient des réflexions analogues. Pourquoi, par exemple, notre droit prohibe-t-il, en principe au moins, les clauses d'inaliénabilité (2) ? C'est, nous dit-on, pour assurer la *liberté* du propriétaire, pour sauvegarder sa faculté de libre disposition, attribut essentiel du droit subjectif de propriété privée. Une théorie juridique moins individualiste, pour qui l'individu ne serait plus le but *unique* du droit, verrait au contraire dans cette prohibition non pas la protection d'une liberté individuelle, mais l'une quelconque des nombreuses exigences de la vie

l'étude n'intéresse par conséquent que de façon indirecte le problème de l'autonomie de la volonté. D'ailleurs, nous établirons plus loin, en nous plaçant à un point de vue plus général (chap. V, sect. III), combien il est inexact d'attribuer pour fin suprême et unique au droit positif de protéger des *libertés*.

(1) J. Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, dans *Clunet*, 1896, p 721.

(2) On pourrait raisonner exactement de même à propos de la liberté du commerce et des clauses portant interdiction de concurrence. — Cf. Saleilles, *Décl. de vol.*, p. 273.

sociale contemporaine, une condition reconnue indispensable pour que la propriété privée puisse atteindre par le commerce et par l'échange sa destination sociale.

Et remarquons bien que ces divergences dans l'explication doctrinale des lois sont loin d'être sans répercussion pratique. Ainsi, pour nous en tenir au dernier exemple (1), donne-t-on pour fondement à la règle prohibitive la *liberté* du propriétaire, son droit individuel subjectif ? On annulera impitoyablement toutes les clauses d'inaliénabilité, quel qu'en soit le motif et quelque restreints qu'en doivent être dans le temps les effets ; car toutes sont des atteintes à la liberté du propriétaire. Ainsi faisait la jurisprudence dans la première moitié du XIX^e^ siècle (2). Justifie-t-on au contraire la prohibition générale des clauses d'inaliénabilité par les besoins du commerce juridique et par l'intérêt de la société, en d'autres termes, est ce seulement à travers les exigences de la vie sociale qu'on envisage le droit de libre disposition reconnu au propriétaire ? Tout autre alors sera la conclusion : des clauses d'inaliénabilité temporaire, fondées sur de justes motifs, pourront être validées. De telles clauses, en effet, ont beau — par définition même — limiter la *liberté* du propriétaire, elles ne constituent pas nécessairement une atteinte au *bien commun*, elles ne sont pas toujours — l'appréciation dépend des circonstances — un réel obstacle à la fonction sociale naturelle de la propriété ; dans bien des cas la vie sociale s'en accommode parfaitement ; et parfois même elle les encourage (3).

(1) Les deux premiers exemples offrent aussi, on le sait, un intérêt considérable au point de vue du droit international privé. Car suivant que les lois en cause sont ou non des lois de protection individuelle, elles font ou ne font pas partie du *statut personnel*.

(2) V. Planiol, *Traité*, t. I, 4^e^ édit., p. 748.

(3) Ainsi pourrait-on expliquer l'état actuel de la jurisprudence, qui,

En d'autres termes, le concept de liberté, tel que l'a élaboré l'individualisme classique, est un concept essentiellement abstrait, purement formel, vide de tout contenu expérimental, donc indépendant de toute condition de temps et de lieu (1). La science juridique individualiste est, par

depuis un arrêt de la Cour de cassation du 20 avril 1858 (S. 58.1.589), valide fréquemment des clauses d'inaliénabilité temporaire (Rappr. la tolérance des tribunaux en matière de clauses portant atteinte à la liberté du commerce. V. *Rev. trim.*, 1911, p. 130). La seconde interprétation de la règle peut-elle être admise dans le présent état de notre législation positive ? Pour résoudre cette question, il faudrait : 1° rechercher quel est, des deux motifs indiqués au texte, celui dont s'est inspiré le législateur ; 2° déterminer dans quelle mesure le motif du législateur s'incorpore à la loi elle-même pour s'imposer comme elle à l'interprète. On toucherait alors aux plus graves problèmes de méthodologie juridique. Le but de la loi est-il inséparable du but du législateur? L'interprétation de la loi se borne-t-elle à la recherche de la volonté qu'avait le législateur au moment où il l'édictait ? Ne faut-il pas voir dans la loi une sorte d'organisme vivant, fait pour sans cesse progresser et sans cesse s'adapter à la vie ? Et, en conséquence, ne faut-il pas l'interpréter toujours en fonction des besoins et des croyances de l'époque où on l'applique ? (Cf. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1904, p. 98-102 ; *Déclaration de volonté*, p. 213-214, p. 288 s. ; Meynial, *Rev. trim.*, 1902, p. 569. — Voy. sur tous ces points le grand ouvrage de Gény, *Méthode d'interprétation*, 1899). Nous n'avons pas à formuler une opinion en ces délicates matières. Contentons-nous de constater qu'il n'est pas une controverse juridique, si minime soit-elle en apparence, qui ne mette en jeu les plus importantes questions de méthodologie. Comment est-il donc possible que de ces questions fondamentales les juristes se soient, jusqu'à ces dernières années, si peu préoccupés ? Pourquoi ont-elles tenu et tiennent-elles encore si peu de place dans l'enseignement du droit ?

(1) Si dans la rédaction de l'article 138 B. G. B., qui correspond à peu près à l'article 1133 de notre Code civil, les Allemands ont refusé de mentionner l'*ordre public*, c'est précisément parce que l'ordre public est très souvent conçu comme l'ensemble des *libertés* individuelles (liberté de conscience, liberté du travail, liberté du commerce, etc.), et qu'au nom de ces libertés envisagées *in abstracto*, on pourrait dans bien des cas annuler des conventions qui en fait n'ont pourtant rien

suite, toute faite d'affirmations rigides et de dogmes *a priori*. Sous son influence, le droit s'éloigne de la vie (1). Il s'en rapproche au contraire et devient une véritable science sociale, lorsque à la *liberté* on substitue le *bien commun* comme fin suprême de l'ordre juridique. Car cette dernière notion, riche, souple et toute en nuances, loin d'être le résultat de constructions idéologiques *a priori*, ne peut être déterminée, dans la totalité de ses éléments, que par une étude expérimentale du monde réel. Pour en fixer le contenu et en préciser les contours, le jurisconsulte doit sans cesse diriger son regard sur la vie sociale et sans cesse en scruter la mouvante complexité.

IV. — Quant au quatrième et dernier point annoncé, il nous retiendra un peu plus longtemps ; car nulle part ne se manifeste mieux la tendance classique des juristes à ériger la volonté individuelle en principe unique du droit.

Examinons rapidement quelques exemples.

Une opinion très répandue, étroitement apparentée à la théorie traditionnelle de l'autonomie, justifie le régime légal de succession *ab intestat* par l'idée de *testament tacite* (2) : la loi se borne, dit-on, à rechercher et à interpré-

de choquant pour nos consciences juridiques. V. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 269-276 et p. 234-235.

(1) Cf. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, 1903, p. 119.

(2) V. notamment Treilhard, *Exposé des motifs* (Locré, t. V, p. 90) ; Chabot, *Rapport au Tribunat* (Locré, t. V, p. 107) ; Rodière, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1856, p. 132 ; Batbie, *Révision du Code Napoléon*, *Revue critique*, t. XXVIII, 1866, p. 135 ; Weiss, *Traité de droit intern. pr.*, t. IV, p 516 ; J. Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en dr. intern. pr.*, dans *Clunet*, 1896, p. 738. — L'opinion avait déjà été exprimée par Grotius, *De jure belli et pacis*, liv. II,

ter la volonté du défunt ; elle va « la saisir dans les derniers battements de son cœur, comme le sacrificateur des païens cherchait à lire l'avenir dans les entrailles des victimes (1) » ; et elle prononce « comme eût prononcé le défunt lui-même s'il eût pu ou s'il eût voulu s'expliquer (2) ». Elle rédige pour lui son testament. Toute application des règles légales de succession a donc son fondement vrai dans la volonté du *de cujus* ; suprême manifestation de l'autonomie reconnue par le droit au vouloir individuel.

« Il n'est pas possible, dit M. Viollet (3), de concevoir une théorie plus directement contraire à la réalité. » Au point de vue historique, c'est la fausseté même. La succession *ab intestat* a partout précédé la succession testamentaire ; elle n'en dérive donc pas. Elle procède sans aucun doute de la copropriété familiale primitive, dont la vocation de l'héritier n'était à l'origine qu'une émanation : l'héritier tenait son droit de succéder de son droit antérieur de co-propriétaire, et nullement d'une prétendue volonté du défunt (4).

Mais laissons le passé et jetons les yeux sur les réalités juridiques actuelles. Que nous apprennent-elles ? Un fou ou un petit enfant meurent. La loi fixe la dévolution de leurs

chap. VII, n° 3. — Au nom de cette conception, on a reproché au Code civil d'avoir interverti l'ordre logique, en traitant des successions *ab intestat* avant de traiter des testaments (Batbie, *loc. cit.*).

(1) Rodière, *loc. cit.*

(2) Treilhard, *loc. cit.*

(3) Paul Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3e éd., 1905, p. 874.

(4) Viollet, *op. cit.* ; Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 436 ; Planiol, *Traité*, t. III, 3e éd., n° 1700. Est-il besoin de rappeler le fameux texte de Gaius (II, 157) sur les *heredes sui* ? « Sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. »

biens. Qu'est-ce à dire ? Qu'elle fait leur testament tacite ? Qu'elle interprète leur volonté ? Mais comment interpréter une volonté qui n'existe pas ? On n'interprète pas le néant. Et d'ailleurs quelle autorité peut avoir le testament tacite de celui dont le testament exprès n'en aurait aucune (1) ? Ce prétendu testament tacite n'est qu'un testament impossible.

Titius a rédigé un testament, mais une erreur de date, due à une inadvertance, en a entraîné l'annulation. Sa succession sera dès lors dévolue suivant le régime légal, que précisément il aurait voulu écarter. Prétendra-t-on néanmoins que c'est sa volonté tacite qui reçoit consécration et qui commande par delà la tombe ?

Ce n'est pas à dire que nous adopterions sans réserve la doctrine radicalement opposée, que nous rencontrons dans le premier projet de Code civil (art. 38) : « L'ordre des successions, y disait Cambacérès, est déterminé par les lois de la manière la plus convenable à l'utilité publique (2). » La formule est incomplète, équivoque et dangereuse. En réalité, nombreux et variables sont les motifs qui guident le législateur dans l'organisation du régime légal ; et, s'il prend en considération les intentions *normales* et les *légitimes* affections des défunts, il s'inspire aussi, et peut-être davantage, des besoins généraux de la société et des croyances communément admises touchant la constitution morale de la famille. On peut donc dire, au risque de scandaliser les juristes orthodoxes, que « l'ordre public » est « intéressé » par la loi sur les successions, comme il l'est du reste,

(1) Cf. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, p. 57-58.

(2) Dans Fenet, *Travaux préparatoires*, t. I, p. 53.

croyous-nous, par toutes les lois (1). Cepeudaut il ue l'est pas ici au poiut que le régime légal doive s'imposer toujours saus couditiou, comme le voulait la Couveutiou : le législateur permet — et il doit permettre — aux particuliers de disposer autremeut de leurs bieus ; eu d'autres termes, il s'iucliue devaut l'autouomie de leur volouté. Mais si les particuliers ue profiteut pas ou ue peuveut pas profiter de la liberté qui leur est laissée, la loi repreud sou empire. Et elle s'applique alors, nou pas eu vertu de quelque préteudue volouté tacite, dout elle ue serait que l'iuterprétatiou, mais en vertu de sou autorité propre et au uom du bieu commuu dout elle est l'orgaue.

Saus doute le système légal de dévolutiou correspoudra souveut eu fait à l'iutentiou réelle du *de cujus*. Souveut aussi il en sera différemmeut. La chose importera peu du reste ; car, eucore uue fois, si, daus la détermiuatiou du régime de droit commuu, le législateur tieut compte de la volouté « présumée » des défuuts, bieu d'autres motifs, tout aussi importauts, le guident daus sou choix ; et d'ailleurs, la préteudue volonté dout alors il s'iuspire, et qu'il est ceusé « iuterpréter », u'est eu aucuue façou la volouté particulière de l'iudividu coucret, Titius par exemple, dout la succesiou uu jour sera eu cause, mais la volouté idéale d'uu certaiu type abstrait, couçu comme le représeutaut *normal* de l'humauité, voire comme le *modèle* du « bou père de famille ». Le législateur détermine ce qu'il est souhaitable et juste que veuille uu homme uormal ; et c'est la volouté abstraite de cet être idéal qu'il *impose* aux défuuts iutestats.

(1) C'est la thèse développée par M. de Vareilles-Sommières dans son ouvrage : *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899, et adoptée par M. Duguit (*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 566).

Dans l'application du régime légal à la succession de Titius, on ne saurait donc voir la consécration juridique de la volonté subjective de Titius. De cette volonté, contradictoire peut-être, probablement inexistante, à coup sûr juridiquement inconnaissable, le droit se désintéresse. Inutile donc de parler ici d'autonomie : c'est à titre de véritable règle de droit objectif qu'intervient la loi successorale.

Nous raisonnerons pareillement au sujet de la communauté légale, qui, d'après une vieille tradition, inaugurée principalement par Dumoulin (1), n'aurait d'autre fondement juridique qu'un contrat tacite des époux. Il est « *nécessaire*, nous dit-on, de lui donner pour support la volonté présumée des parties ». Ainsi s'exprime, parmi bien d'autres (2), Troplong (3). Ecoutons les arguments de ce représentant bien connu de la pensée traditionnelle. Ils sont si remarquables d'inexactitude, qu'ils en deviennent vraiment savoureux. « C'est la volonté qui explique et légitime la loi ; c'est aussi la volonté qui autorise son exécution... De quoi s'agit-il d'ailleurs ? Du plus grand acte de la vie civile, de l'acte qui exige le plus de maturité, de réflexion, de prudence. Et l'on voudrait que les époux, en se mariant, eussent été sans prévoyance sur l'arrangement de leurs affai-

(1) V. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, p. 547. Dumoulin fut combattu par d'Argentré (sur Bretagne, art. 218, gl. 6, n° 33).

(2) Cette opinion est tout à fait classique et presque unanimement admise. Voy. de nombreuses références dans la longue dissertation que Troplong consacre à cette question : Troplong, *Contrat de mariage*, t. I, 3e éd , 1857, n° 21 s., p. 35 s. — Cf. Guillouard, *Contrat de mariage*, I, n° 344 ; Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé* (dans Clunet, 1896, p. 738) ; Weiss, *Traité*, t. III, p. 547 s. Ce dernier ouvrage renferme une abondante bibliographie.

(3) *Loc. cit.*

res, qu'ils eussent abandonné leurs intérêts à l'oubli et au hasard, et qu'ils n'eussent pas adopté la communauté légale *par un effet de leur volonté sérieuse et éclairée !* Non, évidemment non... Pourquoi n'ont-ils pas fait un contrat dérogatoire ? N'est-ce pas parce qu'ils ont pensé, *nécessairement et certainement pensé* (1), que la communauté légale était dans leur meilleur intérêt ? Ils ont donc ratifié par une intention réfléchie la disposition de la loi. C'est dire assez qu'il y a eu pacte volontaire, qui, pour n'être pas exprès, n'en est pas moins certain (2). »

M. Troplong aurait-il pu expliquer pourquoi les époux dont, pour une cause ou pour une autre, le contrat a été annulé, se trouvent placés, bon gré mal gré, sous le régime légal, dont pourtant ils ne voulaient pas (3) ? Aurait-il fait juger par ses collègues de la Cour de cassation que le régime de droit commun cesse de s'appliquer, lorsque les époux peuvent prouver leur préférence réelle pour un régime autre, dont seule la perspective des frais d'un acte notarié a empêché l'adoption ? Fidèle à ses principes, aurait-il déclaré qu'en pareil cas la communauté légale manque de son support « nécessaire », et par conséquent ne repose sur aucune base ? Les praticiens affirment qu'à de très rares exceptions près, toujours les époux fortunés font

(1) C'est nous qui soulignons.

(2) Troplong, *op. cit.*, p. 35-42, nos 22-27.

(3) L'objection n'arrête pas M. Weiss : « Si l'on objecte, dit-il, que ce système est inconciliable avec l'établissement du régime légal, au cas d'annulation du contrat de mariage, nous répondrons que *les parties ont dû envisager pareille éventualité*, et que, dès qu'elles n'ont rien fait pour en prévenir les résultats, elles se sont *volontairement* soumises, pour le cas où elle viendrait à se réaliser, au régime institué par la loi ; même dans cette hypothèse, la volonté des époux joue son rôle » !! (Weiss, *Traité*, t. III, p. 551-552).

un contrat notarié, et jamais les autres. Y aurait-il donc corrélation nécessaire entre le fait d'être sans ressources et celui d'avoir une « volonté sérieuse et éclairée » conforme à la loi ? Et l'élévation de quelques degrés dans l'échelle sociale aurait-elle pour inévitable conséquence de modifier cette volonté ? Qui donc, examinant sans préjugé la question, oserait le soutenir ?

Non, ce ne sont pas des fantômes de volonté qui peuvent constituer pour la communauté légale une base suffisante. La loi qui édicte le régime de droit commun puise sa force en elle-même, elle pénètre dans le domaine du droit en tant que loi, *tanquam lex publica*, et non à titre de clause tacite d'un contrat privé, *tanquam lex privata et conventionalis a contrahentibus volita, inducta et disposita* (1). Le législateur a conçu la communauté comme le régime le plus conforme au but naturel du mariage (2), comme le plus en harmonie avec les traditions nationales, comme le plus apte à concilier les multiples intérêts en présence ; c'est pourquoi, aux conjoints qui n'usent pas de la faculté, à eux reconnue, de régler autrement leurs rapports patrimoniaux, il l'impose d'autorité, quelle que soit en fait leur volonté. Ne pas faire un contrat exprès, ce n'est pas, quoi qu'on dise, faire un contrat tacite ; ce n'est même pas, à proprement parler, *adopter* implicitement la communauté légale ; c'est *abdiquer* devant la loi et s'abandonner à son naturel empire.

Le prétendu contrat tacite supposerait d'ailleurs complètement connues les règles légales ; or combien les connaissent ? Combien se soucient de les connaître ? Quels sont les ouvriers ou employés français qui, à la veille de se marier,

(1) Expressions de Dumoulin, citées par Troplong, *op. cit.*, p. 37.
(2) Cf. par exemple, Cambacérès, *Rapport sur le premier projet* (dans Fenet, t. I, p. 4-5).

pensant aux immeubles qu'ils n'ont pas, mais qu'ils auront peut-être un jour, se préoccupent d'en fixer la condition juridique? Quels sont ceux qui prévoient expressément que telles et telles clauses légales régiront un jour la liquidation de la communauté qui va naître, et ratifient « par une intention réfléchie » les dispositions de la loi? Si demain le législateur modifiait le régime de droit commun, les notaires n'auraient peut-être à rédiger ni un contrat de plus, ni un contrat de moins. Toujours les époux riches auraient recours à leur ministère; toujours les conjoints sans fortune se marieraient sans contrat..... et toujours il se trouverait des juristes pour continuer à donner comme fondement rationnel au régime légal la volonté présumée des parties (1).

(1) La fiction dont vit la doctrine classique dépasse encore plus les bornes de la vraisemblance, lorsque le problème se pose sur le terrain du droit international privé. Les époux mariés sans contrat sont le plus souvent pauvres et peu instruits. Ce sont par exemple des ouvriers étrangers travaillant en France. Ils ignorent aussi bien le régime de droit commun de leur loi nationale que celui de la loi de leur domicile. Et cependant, l'on demande au juge de faire sortir de cette ignorance une « volonté sérieuse et éclairée », qui serve de fondement à l'application de l'un des trois ou quatre régimes en cause! Pareille tâche dépasse les forces humaines. La Convention internationale de la Haye du 17 juillet 1905 (non encore ratifiée) est heureusement venue donner au juge une direction ferme et précise (V. l'art. 2). Voy. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, 1905, p. 136 s., et la bibliographie qui s'y trouve indiquée. Sur le dernier état de la jurisprudence française, v. les décisions rapportées et commentées dans *Rev. de dr. int. pr.*, 1910, p. 855 s.; sur la Convention de la Haye, v. Audinet, *Le régime matrimonial et le contrat de mariage*, *Rev. de dr. int. pr.*, 1910, p. 289 s. V. aussi le rapport Pillet, présenté à la Société d'études législatives, et le compte rendu de la discussion qui suivit ce rapport dans le *Bulletin de la Soc. d'ét. lég.*, 1909, p. 429 s. Nous n'avons pas à rappeler ici les inconvénients pratiques, partout signalés, auxquels conduit le système français de la

Des deux exemples que nous venons d'étudier, bien d'autres pourraient être rapprochés. Les ouvrages classiques de droit renferment en effet une telle quantité de contrats imaginaires et de prétendues volontés tacites, que nous n'éprouvons que l'embarras du choix. Ces fictions, religieusement respectées, sont censées servir de support aux diverses institutions légales, et volontiers on se persuade que sans elles l'édifice juridique s'effondrerait. En réalité, non seulement elles encombrent fort inutilement la science du droit, mais rien ne contribue plus à donner à la pensée des juristes ce je ne sais quoi de tortueux, de factice et de faux, dont à bon droit se plaint l'opinion publique.

Pourquoi par exemple imaginer, pour justifier le rapport à succession, des intentions tacites, qui ne sont bien souvent que des volontés impossibles (1), parfois même — ainsi en était-il avant la loi du 24 mars 1898 — des volontés déraisonnables et absurdes (2) ? Ne serait-il pas plus naturel et plus vrai d'y voir simplement l'application d'une règle légale objective, qui, issue, dans le principe, de préoccupations de pure équité (3), a été maladroitement étendue

recherche de volonté. C'est grâce à ce système qu' « on a vu plus d'une fois un notaire, après la dissolution d'un mariage, liquider une communauté qu'un tribunal déclarait ensuite n'avoir jamais existé » (Aubry, dans *Clunet*, 1896, p. 743).

(1) Exemple : Titius a fait une donation à un collatéral très éloigné, à un moment où, ayant une foule de parents plus proches, il ne prévoyait aucunement que le donataire serait un jour son héritier. Peut-on dire que son *intention* a été d'opérer un simple « avancement d'hoirie » ?

(2) Non seulement on exigeait, au nom d'une intention présumée, le rapport des legs, mais on l'imposait parfois *en nature* ! (Caen, 23 décembre 1879, D. 81.2.209). La prétendue volonté tacite du défunt enlevait ainsi tout effet à sa volonté réelle et expresse. — Cf. Planiol, *Traité*, III, 3e éd., n° 2269 ; Dereux, *op. cit.*, p. 41 et p. 316.

(3) Paul, *Dig.*, 67, 6, 1, pr. « Hic titulus manifestam habet aequitatem. »

par le Code civil bien au-delà des limites conseillées par la justice (1) ?

Pour expliquer l'article 1184 du Code civil, la jurisprudence et le législateur lui-même « sous-entendent » une condition résolutoire tacite. Fiction inutile ! A quoi bon faire appel à des volontés qui n'existent pas, quand d'impérieux motifs de justice objective suffisent amplement à légitimer la règle ? Ne vaudrait-il pas mieux dire simplement avec un arrêt de la Cour de cassation : « La résolution prononcée par l'article 1184 est la consécration de cette règle d'équité, qui ne permet pas de laisser un des contractants dans les liens du contrat dont l'autre partie ne lui fournirait pas l'équivalent (2). »

Pourquoi Aubry et Rau (3) ne veulent-ils admettre le droit de rétention que lorsqu'un contrat ou un quasi-contrat peuvent lui servir de support ? Le principe d'équité dont ce droit dérive est il donc incapable à lui seul de lui fournir un fondement solide ? Moins habitués que nous à rattacher tout droit à des volontés, les Romains savaient se montrer ici plus larges, et l'*exception de dol* leur permettait de sanc-

(1) L'obligation au rapport se justifie aisément *inter descendentes* ; mais, ainsi que le déclare M. Planiol, « son extension aux collatéraux ne se fonde pas sur des raisons bien décisives ». Le système romain des pays de droit écrit était, semble-t-il, préférable au système du Code civil.

(2) Cass., 29 nov. 1865, D. 66.1.27. V. Planiol, *Traité*, II, 4e éd., nº 1307 s. et nº 949. Au reste, il ne s'agit pas d'une véritable condition résolutoire (Cf. Dimitresco, *De la condition résolutoire dans les contrats*, thèse, 1906, p. 101 s.) ; et, historiquement, la règle de l'article 1184 se rattache sans doute, non pas à la *lex commissoria* de la vente romaine, mais à la *condictio sine causa* des « contrats innommés », c'est-à-dire à une action en restitution primitivement étrangère à l'idée de contrat. V. en effet, Dimitresco, *op. cit.*, p. 104 s.

(3) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 5e éd., t. III, § 256 *bis*, p. 189.

tionner le droit de rétention chaque fois que l'exigeait l'équité.

Chacun sait, d'autre part, l'importance qu'ont prise dans la doctrine classique les notions de confirmation tacite, de renonciation tacite, d'acceptation tacite. Or ces prétendues volontés d'accepter, de renoncer, de confirmer ne sont bien souvent que des fictions, et presque toujours elles n'expliquent que très imparfaitement les diverses règles légales qui sont censées reposer sur elles. Ainsi, quand, suivant une opinion très répandue, on donne pour fondement *unique* à l'article 1304 du Code civil une *confirmation tacite* (1), on ne prend pas garde, dit M. Gény, « qu'à côté, et même au-dessus de cette notion, se place ici la raison fondamentale de toute prescription civile, savoir l'intérêt de la stabilité des droits, et particulièrement la protection des tiers plus gravement menacés par la réaction d'une nullité souvent insoupçonnée » (2).

Pareillement la notion d'*acceptation tacite*, que le législateur a mise à la base de l'article 778 du Code civil, se révèle en pratique insuffisante. M. Dereux, dans sa thèse (3), en a fait une pénétrante critique, à laquelle nous renvoyons le lecteur. Nous pensons avec lui qu'au lieu de se borner toujours à attribuer à l'héritier une intention que souvent

(1) V. par ex. Capitant, *Introduction* (1re édit.), p. 274 ; Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie*, dans *Journal de dr. int. privé*, 1896, p. 480.

(2) Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 150. — Voy. sur cette question, R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse de Dijon, 1909, p. 831 suiv. C'est surtout au XIXe siècle que s'est répandue l'idée de confirmation tacite. — Voy. p. 835, note 1, les motifs de l'article 45 de l'ordonnance de Louis XII (1510), origine de la législation actuelle.

(3) *L'interprétation des actes juridiques privés*, 1905, p. 267-276.

il est loin d'avoir, il serait plus sage et plus juste de savoir faire appel, quand besoin est, aux principes supérieurs d'équité et d'intérêt général. D'ailleurs, c'est la règle légale elle-même qui devrait être réformée, car son application stricte engendre fréquemment, aux dépens de l'héritier, de véritables injustices, dont les créanciers du défunt sont les heureux bénéficiaires (1).

De même, rien n'est plus puéril que de prétendre, en matière de titres à ordre, justifier par une *renonciation tacite* l'inopposabilité de certaines exceptions aux porteurs de bonne foi. « Si l'on donne un sens précis à ces mots, dit M. Pichon (2), et si l'on voit réellement dans cet effet de l'endossement la traduction d'une volonté du débiteur, l'insuffisance de l'explication est manifeste », car « les exceptions restent inopposables, lors même que l'on n'a pas entendu y renoncer. Et si on ne donne pas à ces expressions le sens précis et formel qu'elles paraissent avoir, il faut reconnaître qu'il n'y a plus alors même un essai d'explication, et que dire en ce sens que le débiteur a renoncé aux exceptions qu'il pouvait opposer, ce sera dire seulement qu'il ne les a plus, ce qui est le fait et non l'explication du fait. »

Quand la science juridique traditionnelle veut expliquer pourquoi les obligations contractées par une femme mariée pour les besoins du ménage engagent le mari et la communauté, c'est encore à une volonté présumée qu'elle a recours : elle imagine un mandat tacite émané du mari (3).

(1) Dereux, *loc. cit.*

(2) Ad. Pichon, *De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre*, thèse Paris, 1904, p. 59-60.

(3) Voy. sur cette question la thèse de M. Dereux, qui en fait l'objet d'intéressants développements (p. 277-290).

Or cette volonté, le mari l'a-t-il réellement ? ne l'a-t-il pas ? C'est ce dont les juristes semblent se soucier médiocrement. En fait, le mari aura beau chasser sa femme du domicile conjugal, ou le quitter lui-même en la laissant sans ressources, on n'en persistera pas moins à lui attribuer une volonté qu'incontestablement il ne veut pas avoir, et à le déclarer obligé en vertu de cette volonté ! Sans un mandat de son mari, la femme n'aurait, paraît-il, ni le droit de nourrir ses enfants, ni celui de ne pas périr elle-même de faim. L'influence du « Willensdogma » est tellement obsédante, que « là où le bon sens trouve une règle de morale pratique manifeste », on s'obstine à ne voir que « le résultat du caprice d'un individu » (1). Toujours quelque malencontreuse fiction vient dissimuler aux yeux du juriste la véritable nature des institutions juridiques.

Fiction aussi que cette prétendue convention préalable et tacite de garantie, imaginée dans beaucoup de théories allemandes — ou même françaises (2) — pour expliquer la « responsabilité précontractuelle », c'est-à-dire la responsabilité dans la formation des contrats (3). C'est la règle de droit, et non pas notre volonté, qui nous oblige à nous abstenir de tout dol et de toute faute dans nos relations avec autrui ; et il ne dépendrait pas de nous d'écarter semblable obligation (4).

(1) Dereux, *op. cit.*, p. 283.

(2) V. en effet Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, p. 337.

(3) V. Saleilles, *L'obligation*, n° 153 s. ; *Responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim.*, 1907, p. 724 s. ; P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse, 1911, p. 47 s.

(4) De même, c'était une pure fiction que cet autre contrat tacite de garantie, sur lequel de nombreux auteurs (MM. Sainctelette, Sauzet, Labbé, Esmein, etc...) voulaient jadis fonder la responsabilité pa-

Fiction encore que ce *mandat tacite* à l'aide duquel on prétend rendre compte des effets secondaires de la solidarité. Même lorsque la solidarité dérive d'une convention, quels sont en fait les débiteurs qui ont vraiment conscience de se constituer les représentants juridiques les uns des autres, et surtout de donner à cette représentation réciproque les limites très précises que lui assignent les juristes? Et que dire des cas où la solidarité est légale et ne suppose aucun concert préalable entre les intéressés? Entre des colocataires qui parfois ne se connaissent même pas, quelle chimère que d'imaginer, comme on le faisait dans le système de l'ancien article 1734 du Code civil, un contrat, même tacite, de représentation! Et quoi de plus déconcertant que de voir accorder quelque autorité juridique à un mandat tacite purement fictif, dans des cas (Ex. : art. 55 C. pén.) où le même mandat, réel et exprès, serait annulé comme illicite (1)? — Et pourtant, c'est au nom de cet imaginaire mandat, qu'on a vu la Cour suprême casser un arrêt pour violation de la loi (2)!

tronale à l'égard des ouvriers victimes d'accidents. « Au fond, disait à ce sujet M. Saleilles, on attribue à la volonté des parties ce que l'on considère comme la volonté ou le désir de la loi... S'il en est ainsi, il faut être franc : il faut déclarer nettement que les parties ont pu ne pas savoir ou ne pas vouloir répartir les risques dans le sens des exigences de la justice sociale, peu importe. Si la justice l'exige, la loi le leur impose : obligation légale. » Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897, p. 22. — Cf. Saleilles, *L'obligation*, 2e éd., 1901, p. 441 s. ; E. Lévy, *Responsabilité et contrat*, *Rev. crit.*, 1899, p. 370 s. ; Planiol, t. II, 4e édit., n° 1857.

(1) Planiol, *Traité*, 4e édit., t. II, n° 777. Il est vrai que dans ces diverses hypothèses de solidarité légale certains auteurs (Ex. : Mourlon, Aubry et Rau) ont rejeté l'idée de mandat tacite et déclaré qu'il y avait « solidarité imparfaite ». Mais leur opinion n'a pas triomphé.

(2) Cass., 15 décembre 1891, S. 93.1.81, avec une note importante de M. Tissier. — Cf. Gény, *Méthode*, p. 149 ; Planiol, *Traité*, t. II, n° 750.

Que cette idée de mandat tacite ne soit pas sans utilité *technique*, qu'elle puisse constituer ici, comme ailleurs (1) du reste, un moyen commode de coordonner *après coup* et de grouper dans l'esprit du juriste tout un ensemble épars de solutions légales ou jurisprudentielles de détail, nous n'en disconvenons pas, ou plutôt nous ne cherchons pas à résoudre cette question. Le malheur, c'est qu'à cette conception purement *schématique* ou *représentative*, on tend à attribuer une valeur véritablement *explicative* ; c'est que sur elle on *fonde* des décisions judiciaires ; c'est qu'on en vient ainsi à confondre la *systématisation purement logique* du droit avec sa *justification* rationnelle ; c'est qu'on prend, en un mot, « l'appareil logique de la science pour la science même » (2).

Là réside en effet le danger le plus grave de toutes ces fictions, qui s'interposent entre l'esprit et les réalités. Quand, pour rendre compte d'une règle de droit, le juriste a imaginé quelque contrat implicite, quelque embryon de volonté, il s'estime satisfait, et il se dispense d'aller cher-

(1) La fiction d'un mandat implicite est fréquente dans notre droit. Voyez en, par exemple, une dernière application dans l'article 5 du projet de loi sur le contrat de travail, présenté à la Chambre des députés par M. G. Doumergue le 2 juillet 1906 : « Lorsque les employés... doivent, en vue de l'exécution des travaux convenus, organiser ou conduire des groupes ou brigades, ils sont de plein droit *présumés* agir à titre de mandataires du chef de l'entreprise, dans leurs rapports avec les employés faisant partie de ces groupes ou brigades. *Nulle preuve n'est admise contre cette présomption.* » Dans ce mandat, d'abord simplement *présumé*, puis *imposé* d'une manière absolue, il n'y a à coup sûr qu'un simple artifice de technique, d'ailleurs fort commode. Peut-être serait-il possible, et préférable, d'arriver aux mêmes résultats pratiques par un chemin plus direct et sans le secours de cet artifice.

(2) H. Bergson, *Introduction à la métaphysique*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 29.

cher ailleurs, dans les principes supérieurs de la raison et de la conscience humaine ou dans les conditions objectives d'équilibre que postule la vie sociale, les raisons profondes et vraiment solides de cette règle. Ainsi, la spéculation juridique s'éloigne de la vie, le monde des juristes s'isole du monde réel, et la technique remplace la science. Au lieu d'avoir les yeux ouverts sur tous les domaines de la pensée scientifique, au lieu d'être tout ce qu'il doit être : sociologue, historien, économiste, philosophe, moraliste, théologien même (1), le juriste n'est plus que juriste, méritant alors de se voir appliquer le mot sévère de Luther : *Ein Jurist, der nicht mehr denn ein Jurist ist, ist ein arm Ding* (2) !

(1) Cf. Saleilles, Préface de l'ouvrage de M. Gény, *Méthode d'interprétation*, p. XIII ; Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910, p. 183.

(2) Cf. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 10.

CHAPITRE III

LA DOCTRINE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ ET LA THÉORIE DE L'ACTE JURIDIQUE.

La théorie générale de l'acte juridique, qui est assurément l'une des deux ou trois théories fondamentales du droit privé (1), n'occupe pourtant que peu de place dans nos traités classiques. A vrai dire même, un observateur superficiel ne l'y découvrirait pas. Fidèles commentateurs du Code civil, les jurisconsultes français se sont attachés à le suivre pas à pas, et comme l'œuvre du Consulat ne renferme aucune « partie générale » analogue à l'*Allgemeiner Theil* du Code civil allemand, ils ont présenté les règles communes à tous les actes juridiques « sans ordre et sans méthode », au fur et à mesure que l'explication des articles du Code, particulièrement celle des dispositions relatives aux contrats (liv. III, tit. III), leur en fournissait l'occasion (2).

(1) Rappelons, en effet, que ce terme d'actes juridiques est d'ordinaire appliqué non seulement aux contrats, mais aux testaments, aux acceptations, aux renonciations, aux actes confirmatifs, bref à toutes les déclarations de volonté dont le but direct est de créer, de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits. — Cf. Planiol, *Traité*, t. I, 4e éd., n° 265 ; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., 1912, p. 246 s. Sur les importantes controverses allemandes relatives à la définition de l'acte juridique, voy. un bon résumé, avec références bibliographiques, dans les *Pandectes* de Windscheid, t. I, § 69. — Voy d'ailleurs la section II de notre présent chapitre

(2) Planiol, t. I, n° 266. — Cf. Capitant, *op. cit.*, p 247. Ces deux auteurs ont fort heureusement rompu avec ces vieilles habitudes.

Toutefois, des indications fragmentaires et éparses contenues dans nos traités de droit civil, se dégage aisément une certaine conception générale de l'acte juridique. Ce n'est pas ici le lieu de l'analyser et de l'apprécier dans tous ses éléments et sous tous ses aspects. Pas plus dans cette section que dans la précédente nous ne voulons être complet. Tout notre dessein se bornera à rechercher les principales répercussions du « dogme de la volonté » et à présenter à leur sujet quelques remarques critiques. Nous verrons que, en faisant de la volonté individuelle l'alpha et l'oméga de l'acte juridique, les juristes classiques ont été entraînés dans la voie toujours dangereuse des fictions, et qu'ils se sont mis en fréquent désaccord avec la « nature des choses », seul véritable critère de toute théorie solide.

Parmi les multiples problèmes relatifs aux actes juridiques, les trois suivants nous retiendront seuls : 1° Quel est le fondement de leur force obligatoire ? 2° Quels en sont les éléments constitutifs ? 3° Comment doivent s'en déterminer les effets, en d'autres termes comment faut-il les interpréter ?

Dans tout cet exposé, c'est le contrat surtout que nous aurons en vue ; car c'est de préférence à propos du contrat que les auteurs classiques ont présenté les principaux éléments d'une théorie d'ensemble ; et d'ailleurs, en dépit des prophéties qui en ont annoncé le déclin, et malgré l'indéniable développement des actes unilatéraux dans le droit contemporain, le contrat reste toujours en fait de beaucoup le plus important des actes juridiques (1).

(1) Même les législations récentes qui font officiellement une place aux engagements procédant d'une déclaration unilatérale de volonté, conservent le principe que le contrat est la source normale des obligations volontaires. — Voy. le paragraphe 305 du Code civil allemand.

SECTION I. — Fondement de la force obligatoire des actes juridiques (1).

Les actes juridiques valables, et en particulier les contrats « légalement formés », « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Ainsi s'exprime le Code civil en son article 1134. Bien qu'issus de simples volontés individuelles, ils s'imposent dans l'ordre juridique avec la même autorité que les actes de la puissance publique. Si aujourd'hui deux individus se commandent réciproquement une certaine prestation, demain la contrainte sociale organisée interviendra pour assurer l'exécution de ce commandement, comme s'il émanait du législateur, du préteur, du ministre, bref de l'Etat lui-même. D'où les volontés individuelles tiennent-elles une pareille puissance ? Pourquoi l'organisme juridique se met-il ainsi à leur service et obéit-il à leurs ordres ? Quel est, en d'autres termes, le fondement de la force obligatoire des libres conventions ? Le contrat est-il respecté et sanctionné pour lui-même, parce que librement voulu, ou bien ne tire-t-il sa valeur juridique que de la valeur sociale de son contenu et de la légitimité du but auquel il tend ? La source et la mesure de son efficacité, est-ce la *volonté* qui le crée ? Est-ce l'*intérêt général*, auquel il serait présumé coopérer ? Est-ce quelque principe supérieur de *justice* objective, dont il ne serait censé que la mise en œuvre ?

La question est d'importance : il va de soi qu'elle s'impose à l'attention du philosophe, puisque tous les principes fondamentaux du droit s'y trouvent en cause. Mais, par les multiples conséquences pratiques qu'elle entraîne, elle

(1) Pour la bibliographie de la question que nous abordons ici, voy. notre chap. V, sect. 2, § 2.

intéresse le jurisconsulte plus encore que le philosophe. De sa solution dépendent en effet et les pouvoirs à reconnaître au juge en matière de conventions (1), et d'une manière générale toute l'orientation à donner à la politique législative dans le domaine du droit contractuel (2). Si l'on pose en principe que tout acte de volonté a par lui-même une valeur juridique, et que le contrat comme tel a droit à la protection de la loi, il faut conclure que le législateur doit en toute confiance abandonner les transactions humaines au libre jeu des volontés autonomes ; la politique à suivre est une politique d'abstention ; et, de son côté, le juge ne doit être qu'un greffier, qui docilement enregistre et rend exécutoires toutes les conventions. Si l'on admet, au contraire, que le libre contrat n'est efficace que dans la mesure de sa conformité aux exigences de la justice et de la solidarité sociale, alors la mission du juge et la tâche du législateur se transforment : celui-ci est incité à multiplier les lois impé-

(1) Cette question des pouvoirs du juge en matière de contrats, sur laquelle nous aurons maintes fois à revenir, a fait l'objet, depuis une douzaine d'années, de vives discussions, suscitées surtout par l'apparition du Code civil allemand. — Voy. Saleilles, *Déclaration de volonté*, 1901 (sur les §§ 133 et 138) ; *Ecole historique et droit naturel*, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 80 ; *Introduction au droit civil allemand*, 1904, p. 51 et p. 118 ; Meynial, *Déclaration de volonté*, *Revue trimestrielle*, 1902 ; A. Tissier, *Déclaration de volonté*, *Revue bourguignonne*, 1903, t. I, p. 187 s. ; Charmont, *Socialisation du droit*, *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 403 ; Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*, th. 1905, p. 413 s. ; J. Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, th. 1905 ; Fortier, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, th. 1909 ; Gerlier, *Des stipulations usuraires dans le contrat de travail*, th. 1907 ; Brants, *La lutte contre l'usure dans les lois modernes*, 1907, *passim*, notamment p. 167 s. ; Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 534 s.

(2) Cf. Dereux, *Etude des diverses conceptions actuelles du contrat*, *Revue critique*, 1902, p. 122.

ratives ou prohibitives ; les limites de la liberté des contrats se resserrent ; « l'injustice usuraire » et « l'exploitation d'autrui sous le voile du contrat » (1) sont pourchassées quelles que soient les formes qu'elles revêtent ; et, loin d'être un simple appareil enregistreur, le juge, ministre d'équité et représentant de la société, reçoit, avec des pouvoirs de contrôle étendus, la haute mission d'assurer dans les contrats le respect de la justice.

Cependant, sur ce problème dont l'intérêt se révèle ainsi capital, les auteurs de nos Traités classiques gardent le plus complet mutisme (2). Ils répètent sans doute, avec l'article 1134 du Code civil, que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Mais cette règle leur apparaît comme une chose claire, évidente, allant de soi, n'exigeant aucune précision ni aucune justification ; et, en conséquence, ils ne se soucient aucunement d'en déterminer le fondement rationnel (3). Ils ne prennent

(1) V. Duthoit, *L'injustice usuraire vis-à-vis du droit moderne*, dans *Semaine sociale de Rouen*, 1910, p. 203 s. ; V. Brants, *op. cit.*

(2) La même constatation est faite par Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 392.

(3) Certains nous objecteraient sans doute que c'est là une question de pure philosophie du droit, dont le juriste, en tant que tel, se désintéresse. Nous avons, quant à nous, une plus haute estime de la science juridique, et nous ne saurions approuver que des bornes aussi étroites soient fixées à ses investigations. Remarquons d'ailleurs que : 1° Dans d'autres domaines du droit les auteurs classiques, au lieu de limiter aussi systématiquement leur tâche à l'exposé pur et simple de la législation positive, n'hésitent pas à rechercher le « fondement rationnel » des dispositions légales. Il n'en est pas un qui ne se demande, par exemple, quel est le « fondement » du droit successoral. Pourquoi donc se désintéresseraient-ils du fondement du droit contractuel ? 2° Nous avons répondu d'avance à l'objection en montrant les graves intérêts pratiques mis en jeu par le problème posé. 3° A un autre point de vue, nous croyons que ce problème intéresse au plus haut

pas garde, d'ailleurs, que, présentée en ces termes, la règle laisse place aux hypothèses explicatives les plus variées ; que sa formule large et souple n'exclut aucun des divers systèmes auxquels nous avons fait allusion (qu'est-ce en effet qu'une convention *légalement* formée ?) ; et qu'ainsi l'article 1134, loin de nous fournir une conception doctrinale précise et ferme, se borne à *poser un problème* qu'il ne résout pas (1).

En cherchant bien toutefois, on finit par découvrir chez certains auteurs, à titre d'illustration de l'article 1134, quelques vagues formules, qui sont censées devoir donner ample satisfaction aux esprits désireux de lumière. Elles sont empruntées pour la plupart à la Déclaration des droits de 1789 : « Tout ce qui n'est pas défendu est permis. La loi réputé licite tout ce qu'elle ne défend pas. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (2). »

point l'historien du droit et que son examen s'impose à quiconque veut voir un peu clair dans l'histoire générale des transformations du droit contractuel (V. notre chap. VI).

(1) Nous en dirions tout autant de l'article 1108 et de la théorie de la cause : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention... 4° une *cause licite* dans l'obligation. » Quand dira-t-on qu'une convention a une cause licite ? Ici encore, il y a place pour des conceptions divergentes. Cf. *infra*, chap.V, sect. 2. Nous verrons qu'à la faveur de la théorie de la cause pourraient facilement pénétrer dans notre droit les vieilles notions de juste prix, de juste salaire, de juste loyer, tant décriées par les économistes. Notre Code civil a presque toujours évité d'imposer à l'interprète des conceptions théoriques rigides et irréformables. Ce n'est peut-être pas un de ses moindres mérites. — Cf. E. Gaudemet. *Les codifications récentes et la révision du Code civil*, dans *Livre du Centenaire*, p. 971 et p. 979.

(2) Voy. par exemple les deux premières de ces formules dans Planiol, *Traité*, t.I, 4e édit., n° 288, et la troisième dans Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 525. En usant de ces maximes, M. Planiol se propose sans doute d'indiquer simplement l'*étendue* de la liberté contractuelle,

Ces maximes ont-elles la portée qu'on leur attribue? Eclairent-elles vraiment notre question? Assurément non, si on les prend dans leur sens normal et primitif. Elles ont toutes pour objet, en effet, d'indiquer ce qui est *permis*, ce qui est *licite*, ce que ni l'Etat, ni les particuliers ne peuvent nous empêcher de faire (1), ce que nous pouvons accomplir en toute sécurité sans encourir aucune responsabilité, ni pénale, ni civile. Ce sont, en un mot, les maximes de la *liberté individuelle*. Or c'est d'*autonomie juridique* et non de liberté individuelle qu'il est ici question (2). Il ne s'agit pas d'expliquer pourquoi les libres manifestations de nos volontés constituent des actes *licites* qui ne peuvent être empêchés, mais pourquoi elles sont productrices d'effets juridiques et s'imposent comme telles dans le domaine du droit. Deux personnes qui, à la veille de s'épouser, font un contrat de mariage sous seing privé, accomplissent, à n'en pas douter, un acte licite. Personne, ni l'Etat, ni les particuliers, ne peut s'y opposer sans porter une injuste atteinte à leur liberté individuelle. Et cependant, leur acte n'engendre ni obligations, ni droits ; il est sans force juridique (art. 1394 C. civ.) (3). Pourquoi d'autres contrats,

plutôt que le *fondement* de la force obligatoire des libres conventions. Mais les deux questions sont connexes. Quant à M. Gény, il semble bien présenter la troisième formule comme une véritable explication du « caractère obligatoire des engagements civils volontaires. » (V. le texte de la page 525, et surtout la note 5).

(1) Cf. art. 5 de la déclaration des Droits de 1789 : « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi *ne peut être empêché*. »

(2) V. *supra* (Introduction, § I) les distinctions précises que nous avons établies entre ces deux notions.

(3) Nous pourrions raisonner de même à propos de bien d'autres actes « licites ». « Il n'existe aucun rapport, dit Ihering (*Esprit du dr. rom.*, tr. fr., t.III, p. 132), entre les conditions de l'action *juridique* et celles de l'action *de fait*. Il suffit que cette dernière ne soit pas

ni plus ni moins *licites*, sont-ils créateurs d'effets de droit ? Voilà ce qu'il faudrait expliquer. Se contenter, pour le faire, d'invoquer le principe de la liberté individuelle, c'est en somme éluder la question.

Telle n'est pas, semble-t-il, l'opinion de M. Gény, ni, d'après lui, celle de Sieyès. Dans une note de son grand ouvrage, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1), après avoir rappelé la maxime : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », M. Gény ajoute : « Pour comprendre comment ce principe général de liberté emporte caractère obligatoire des engagements civils volontaires, il suffit de se reporter au projet de Déclaration des droits de l'homme, de Sieyès, lu les 20 et 21 juillet 1789, au Comité de Constitution, dans *Archives Parlementaires*, 1re série, t. VIII, p. 258, col. I ; Voy. la rubrique : Rapports des engagements avec la liberté. » Nous nous sommes reporté avec soin au passage indiqué ; mais nous croyons devoir l'interpréter tout autrement. Sieyès veut y établir, non pas que la force obligatoire des

défendue pour qu'elle soit permise. Mais cette hypothèse purement négative et abstraite de l'absence d'une défense n'est pas suffisante pour l'acte juridique... Les conditions de validité de l'acte juridique sont toutes positives. » Ainsi à Rome, le fidéicommis, avant sa consécration légale, constituait bien un acte « licite » ; ce n'était pourtant pas un « acte juridique ». — Il résulte de là que *les limites de l'autonomie contractuelle sont bien plus restreintes que celles de la liberté individuelle*. En vertu, par exemple, de l'article 1133, les règles de la morale commune limitent l'autonomie contractuelle, sans pour cela limiter dans notre droit positif la liberté individuelle. Nombreux, par suite, sont les actes de toutes sortes qu'on peut *licitement* accomplir (au sens des principes de 1789) et auxquels cependant on ne saurait s'engager juridiquement par un contrat valable.

(1) P. 525, note 5. Remarquons qu'il s'agit d'une simple note de quelques lignes, à laquelle son auteur n'a peut-être attaché qu'une très minime importance.

conventions dérive du principe général de liberté, mais simplement qu'elle peut se concilier avec lui, qu'elle n'en est pas la négation, que pour s'être engagé dans les liens d'un contrat on n'en demeure pas moins libre. Or, entre ces deux affirmations : « Le principe général de liberté *emporte* caractère obligatoire des engagements civils volontaires » et « le caractère obligatoire des engagements civils volontaires *n'est pas incompatible* avec le principe général de liberté », il y a une nuance, et même bien plus qu'une nuance. Autant qu'on en peut juger par ce passage très bref (1), Sieyès rattacherait plutôt la force obligatoire des contrats à la grande règle : « on ne doit pas nuire à autrui ». Et il ne faudrait pas le presser beaucoup pour l'amener à reconnaître qu'à la base de l'obligation conventionnelle il y a non pas le principe de la liberté ou le dogme de la volonté, mais un principe objectif de justice dominant de haut le jeu des volontés individuelles. Pour un peu, on lui ferait dire avec Ihering que « la justice est au-dessus de la liberté » (2) et que celle-ci n'est pas le but suprême du droit. Il est vrai que de telles affirmations ne laisseraient pas de l'étonner

(1) Voici du reste ce passage : « *Rapports des engagements avec la liberté*. Il semble au premier aspect que celui qui contracte un engagement, perd une partie de sa liberté. Il est plus exact de dire qu'au moment où il contracte, loin d'être gêné dans sa liberté, il l'exerce ainsi qu'il lui convient ; car tout engagement est un échange où chacun aime mieux ce qu'il reçoit que ce qu'il donne.

« Tant que dure l'engagement, sans doute il doit en remplir les obligations : la chose engagée n'est plus à lui ; et la liberté, avons-nous dit, ne s'étend jamais jusqu'à nuire à autrui. Lorsqu'un changement de rapports a déplacé les limites dans lesquelles la liberté pouvait s'exercer, la liberté n'en est pas moins entière, si la nouvelle position n'est que le résultat du choix que l'on a fait. »

(2) R. von Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, p. 148 ; trad. de Meulenaere, p. 97.

quelque peu. Leurs conséquences possibles l'inquiéteraient et scandaliseraient ses fervents admirateurs, de l'école libérale (1). Quant à nous, nous ne manquerions pas d'applaudir.

Mais les auteurs classiques ont beau garder le silence sur le fondement de la force obligatoire des libres contrats, ils n'en possèdent pas moins *in petto* une opinion sur ce problème. On ne peut pas plus se passer d'en avoir une que M. Jourdain de faire de la prose. Cette opinion, plus ou moins consciente d'elle-même, rien n'est plus facile que de la découvrir : le silence même de nos auteurs et surtout l'abus fait par certains des formules que nous venons de critiquer nous la révèlent avec évidence : elle n'est pas autre que cette doctrine individualiste et libérale de l'autonomie, que nous avons exposée au chapitre premier.

Quand on envisage le droit comme un phénomène social, et qu'à l'organisation juridique on assigne pour objet et pour fin la société, la force obligatoire des libres contrats individuels constitue un problème et un problème difficile ; car il s'agit d'expliquer pourquoi la contrainte sociale se met au service de fins qui semblent purement individuelles. Les difficultés disparaissent, en apparence tout au moins (2), dans les doctrines qui font de l'individu, c'est-à-dire de la volonté libre, l'objet et le terme unique du droit. Si, par essence, l'ordre juridique n'est qu'un mécanisme à la disposition des volontés individuelles, il va de soi que tout acte émané d'une volonté individuelle et orienté vers un

(1) Cf. *supra*, chap. I. Voy. dans Ch Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 141-142, le très vif éloge de l'œuvre de Sieyès, d'où est extrait le passage en question.

(2) Mais en apparence seulement. Voy. en effet chap. V, sect. 2, § 2.

effet de droit, doit par lui-même produire cet effet (1). En conséquence, il n'y a plus à rechercher pourquoi les conventions sont en principe munies de la force obligatoire, mais seulement pourquoi certaines d'entre elles ne le sont pas. En matière de conventions, comme en matière de liberté individuelle, le législateur et le jurisconsulte n'ont pas à dire ce qui est « permis », mais ce qui est « défendu » (2). « Tout ce qui n'est pas défendu est permis », ou, plus exactement, toute manifestation de volonté que la loi ne déclare pas exceptionnellement inefficace doit être positivement sanctionnée par le droit.

Ainsi, pas n'est besoin de grands efforts pour résoudre le problème de la force obligatoire des contrats. C'est à peine si l'on peut dire que c'est là un problème. Le contrat oblige, tout simplement parce qu'il est le contrat, c'est-à-dire l'accord libre de deux volontés naturellement créatrices de droit, la manifestation la plus haute et la plus réfléchie de l'autonomie initiale du vouloir individuel.

Telle est au fond la pensée des auteurs classiques.

Inutile d'insister davantage auprès d'eux pour obtenir de plus amples explications. Si l'on estime équivoque et superficiel le raisonnement qui précède, si l'on exprime la crainte qu'il ne s'y cache quelque pétition de principe ou quelque cercle vicieux, on provoquera finalement la réponse suivante : Le contrat oblige... parce que le contrat oblige. Mettre en doute la force obligatoire du contrat, ce serait douter que le droit fût le droit. Quand on remonte l'échelle des explications juridiques ou philosophiques, il faut bien

(1) Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. p. 603.

(2) Rappr. Projet de déclaration de Gouges-Carton, art. 3 : « La loi n'est pas faite pour permettre ; elle ne l'est que pour défendre. » (*Arch. parlem.*, 1re série, t. VIII, p. 428 ; 12 août 1789).

arriver quelque part à un principe qui justifie tout sans pouvoir être lui-même justifié. Ce principe, c'est celui de la force obligatoire du contrat. « Il est absolument impossible, dit Kant, de donner encore la preuve de cet impératif catégorique ; de même qu'il est impossible à un géomètre de démontrer par des raisonnements que, pour construire un triangle, il faut prendre trois lignes (proposition analytique) dont deux ensemble doivent être plus grandes que la troisième (proposition synthétique ; mais les deux sont *à priori*). C'est un *postulat de la raison pure* (1). »

Force est de s'incliner devant ce « jugement synthétique *à priori* », ce « postulat de la raison pure ». Inclinons-nous donc pour l'instant, mais non toutefois sans avoir remarqué que recourir à de telles explications, c'est renoncer à toute explication. C'est là, dirait Maine de Biran, « la mort de l'analyse, le coup de désespoir du philosophe » (2).

Nous réservons pour plus tard l'examen critique de cette solution du problème. Elle se résume en effet dans l'affirmation de la volonté individuelle comme source initiale et indépendante du droit. Or, c'est là précisément, on le sait, le principe premier sur lequel repose toute la doctrine individualiste de l'autonomie. Comme l'examen de ce principe

(1) Kant, *Doctrine du droit*, trad. Barni, p. 106 107.

(2) Rien n'est plus vrai, en un sens, que le langage de Kant. C'est en effet à ce « coup de désespoir » que fatalement on doit aboutir, quand, suivant les principes de l'individualisme et du libéralisme classiques, on va chercher le fondement de tout droit, et particulièrement le fondement de la force obligatoire du contrat, dans la nature de la volonté envisagée en elle-même, indépendamment de la société et de l'histoire, et abstraction faite de toute justice objective supérieure. Bien que le but poursuivi dans la présente étude soit surtout d'ordre critique, nous espérons fournir plus loin (chap. V, sect. 2 et chap. VI) les principaux éléments d'une autre solution du problème.

doit faire l'objet d'un chapitre spécial, nous y renvoyons le lecteur (chap. V, sect. 2).

Nous retiendrons simplement :

1° Que, dans nos traités classiques de droit, il y a, au sujet de la force obligatoire des contrats, des lacunes ou des confusions regrettables ;

2° Que de ces lacunes et de ces confusions la responsabilité incombe pour une bonne part à la théorie individualiste et libérale de l'autonomie : nouvelle preuve qu'appliquée à cette théorie l'épithète de « classique » n'a rien de déplacé.

3° Qu'il est opportun que les jurisconsultes prennent plus nettement conscience des principes dont s'inspire, souvent sans qu'ils s'en doutent, leur théorie du contrat. Car alors ils seront incités à les examiner de près, et probablement à les corriger ou à les compléter ; et d'utiles conséquences pratiques pourront être le fruit de ce travail.

SECTION II. — Eléments constitutifs de l'acte juridique.

I

Un des plus clairs résultats des laborieuses controverses allemandes sur l'acte juridique et sur le contrat a été assurément d'amener les divers systèmes en présence à dégager et à formuler avec plus de précision leurs principes (1). En

(1) V. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1901 ; Meynial, *De la déclaration de volonté*, dans *Rev. trim.*, 1902, p. 545 s. ; Galliot, *De la déclaration de volonté dans les contrats*, thèse Caen, 1903 ; G. Dereux, *Etude des diverses conceptions actuelles du contrat*, dans *Rev. crit.*, 1901 et 1902 ; *De l'interprétation des actes juridiques privés*, th. 1905 ; Hauriou et G. de Bézin, *La décl. de vol. dans le droit administratif français*, *Rev. trim.*, 1903, p. 543 s. ; Saleilles, *De la responsabilité précon-*

face des théories rivales inspirées par des préoccupations essentiellement sociales, la théorie individualiste traditionnelle des romanistes allemands a pris ouvertement conscience de ses propres postulats ; et, voulant d'un mot exprimer son esprit et ses tendances, elle s'est appelée la *théorie de la volonté* (*Willenstheorie*).

Si ce vocable résume à merveille la doctrine des Savigny et des Windscheid, il résume mieux encore celle des jurisconsultes français classiques. Une « théorie de la volonté » : telle est bien en effet la doctrine de l'acte juridique communément enseignée chez nous. Pour tous nos auteurs, l'essence de l'acte juridique, c'est uniquement la volonté ; elle seule en constitue la substance ; tout le reste est secondaire, accidentel et sans valeur propre : vestige suranné du formalisme d'un autre âge (1) ou simple instrument de

tractuelle, *Rev. trim.*, 1907, p. 697 s. ; Dereux, *Sulle concezioni tedesca e francese del contratto*, *Riv. di dir. comm.*, 1909, I, p. 249 s. ; P. Bonfante, *Sulle concezioni tedesca e francese del contratto, Riv. di dir.comm.*, 1909, I, p. 267 s.; et les autres travaux cités ci-après. Pour une bibliographie allemande détaillée, v. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, §§ 69 et 75, et O. Bülow, *Das Geständnissrecht*, 1899, p. 106 s. — *Adde* : Paul Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse, 1911.

(1) Ainsi, volontiers on sera tenté de considérer la *res* des contrats réels comme un débris du formalisme antique, destiné à donner plus de solennité au consentement, et dont les théories modernes devraient enfin se débarrasser (Cf. Aubry et Rau, 5e édit., t. IV, p. 497, n. 6 ; Combescure, *Rev. crit.*, 1903, p. 478). D'un autre côté, on aime à célébrer la disparition du formalisme comme le triomphe définitif du grand principe de l'indépendance du vouloir humain (V. Worms, *De la volonté unilatérale comme source d'obligations*, 1891, p. 199), sans remarquer que sous les noms de transcription, d'authenticité, d'enregistrement et par l'effet des articles 1341 et 1328 du Code civil, ainsi que grâce au développement des actes « abstraits », le formalisme renaît de toutes parts (Cf. Planiol, *Traité*, 4e édit., t. I, n° 286 ; et *infra*, chap. VI, sect. 2).

preuve. Qu'est-ce que le contrat ? C'est le concours de deux volontés autonomes créatrices de droit. Le contrat est cela et rien de plus. Par volonté, entendons la *volonté interne*, subjective, telle qu'elle existe dans l'âme individuelle, et non la *déclaration*, c'est-à-dire la volonté telle qu'elle se manifeste et s'objective à l'extérieur et telle que la saisissent les autres hommes à travers le milieu social (1). Assurément, un effet de droit ne pourra se réaliser que si la volonté qui le veut peut être connue ; il faudra donc bien que, d'une façon ou d'une autre, elle se produise au dehors ; malgré la coexistence de deux volontés concordantes, il n'y aurait pas contrat si ces deux volontés restaient à l'état purement interne et ne se manifestaient pas l'une à l'autre (2). Mais aucune forme déterminée n'est requise pour ces manifestations (3) ; et d'ailleurs, elles ne servent que de moyens de *preuve* (4) ; ce sont de simples *signes* de la volonté

(1) Rappelons que dans les doctrines allemandes le mot *déclaration*, dont nous nous servirons à maintes reprises, a un sens très large et très souple, qui ne rappelle en rien le formalisme antique. Il désigne non seulement des paroles et des écrits, mais tous les gestes et attitudes des parties et même les usages nés entre elles de précédentes relations d'affaires, bref tout ce qui vu, perçu, connu par l'une d'elles lui permet d'attribuer *normalement* à l'autre une certaine volonté juridique. Voy. par exemple, Isay, *Die Willenserklärung*, Iéna, 1899, p. 3 et suiv., notamment la définition de la p. 26.

(2) Cf. Planiol, *Traité*, 4e édit., t. I, p. 325, note 1.

(3) Sauf, bien entendu, dans le cas exceptionnel d'un acte solennel.

(4) C'est du moins ce qui s'enseigne tous les jours. Il nous vient cependant une objection : cette affirmation n'est-elle pas radicalement incompatible avec celle présentée deux lignes plus haut ? Supposons que Primus et Secundus aient au même instant deux volontés fermes et concordantes au sujet d'une même opération juridique à accomplir, sans parvenir toutefois, par suite d'un obstacle quelconque, à se les manifester effectivement l'un à l'autre Si cette concordance de volontés internes est ensuite prouvée (par exemple au moyen du ser-

intérieure (1) ; par elles-mêmes elles sont sans force juridique ; elles n'ont de valeur que dans la mesure où elles traduisent une volonté psychologique réelle (2). A travers ces signes : paroles, écrits, gestes. parfois simple silence (3), c'est la volonté interne seule qu'il faut découvrir et pénétrer, puisque d'elle seule dépend l'efficacité juridique créatrice du contrat. Et si entre le signe et la chose signifiée, entre la déclaration et la volonté interne, un désaccord apparaît (4), c'est toujours la volonté qui devra préva-

ment, de l'aveu ou de déclarations faites à des tiers), dira-t-on qu'un contrat s'est formé ? Certainement non. Donc il est inexact que dans les contrats la déclaration soit. même en droit français, un simple mode de preuve ; *sinon il faudrait admettre que ce mode de preuve peut à la rigueur être supp éé par un autre.* La déclaration fait véritablement partie de la substance du contrat.

(1) Comme le sourire n'est, dit-on, qu'un signe de la joie et le tremblement un signe de la peur. Mais précisément, la philosophie contemporaine tend à rejeter cette opinion courante, suivant laquelle le sourire, les larmes, le tremblement ne seraient que des *signes* et non des *éléments constitutifs* des émotions. Certains (W. James, K. Lange) sont même allés jusqu'à dire : « On ne tremble pas parce qu'on a peur, mais on a peur parce qu'on tremble ». Le système allemand de la *déclaration* constitue, dans la théorie des actes juridiques, une révolution analogue à celle que ces philosophes voudraient opérer dans la théorie des émotions.

(2) Cf. J. Gauguier, *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse, 1898 : « Une manifestation quelconque de volonté ne vaut que par l'intention qui l'a précédée. Cette intention en est la raison d'être et la mesure, comme l'original est la raison d'être et la mesure de la copie ».

(3) Non simplex silentium, sed qualificatum (Cf. *Rivista di diritto commerciale*, 1907, t. II, p. 488 s.).

(4) Absolument parlant, l'adéquation n'est jamais entière entre la volonté psychologique réelle et la déclaration qui l'objective Car. si les éléments de la déclaration, tels que les fournit le milieu social et que les interprète la conscience commune, offrent d'ordinaire un sens normal relativement précis simple et fixe, les âmes individuelles qu'ils sont censés exprimer sont infiniment mobiles, complexes, diverses. Tout être individuel présente quelque chose d'unique... « Exister, c'est différer » (Tarde, *Transformations du droit*, 1893, p. 144).

loir (1) ; car, encore nne fois, ce qui lie les hommes dans le contrat, ce n'est pas une simple apparence de volonté, ce n'est pas la volonté qui socialement leur est attribuée, mais que peut-être ils n'ont pas, c'est leur volonté vraie, celle qni existe réellement an plus intime de lenr conscience. En conséqnence, si, en dépit d'apparences contraires, la volonté psychologiqne est absente, le contrat ne se formera pas ; si elle est viciée, le contrat sera tout entier vicié ; et, lorsqu'il s'agira d'interpréter nn acte juridique valable, le juge devra, par tons les moyens et en puisant à toutes les sonrces d'information, fût-ce les plus étrangères à la déclaration, tâcher de pénétrer la psychologie individnelle des anteurs de l'acte, afin d'y découvrir leur volonté vraie.

Bien plus, alors même qne le désaccord entre la volonté et la déclaration serait pleinement conscient et positivement voulu, comme an cas de réserve mentale (2), la solution indiquée ne changerait pas. Lorsque ce qu'on déclare vonloir n'est pas réellement vonlu, aucun acte juridique valable ne peut se former. Il est vrai qu'en pareil cas, pour triompher dans nne instance en nnllité, le déclarant qui aurait fait nne réserve mentale se heurterait à des difficultés de prenve sonvent insnrmontables (3). Il est vrai aussi que la déloyauté commise suffirait amplement à justifier, de la

(1) V. Windscheid. t. I, 7e édit., p. 194 et la bibliographie citée. En France, cette opinion est unanimement admise. Voy. la thèse de M. Gauguier sur l'*Interprétation des actes juridiques*.

(2) La question de la réserve mentale a fait en Allemagne l'objet d'assez nombreuses discussions, dont l'intérêt assurément est plus théorique que pratique. V. la bibliographie indiquée par Windscheid dans ses *Pandectes*. 7e édit., t. I, p. 196, note 1 c.

(3) Toutefois la preuve de la réserve mentale n'est pas toujours impossible. Elle peut résulter, par exemple, de déclarations préalables faites à des tiers. Ennecerus (*Rechtsgeschäft*, p. 96) en cite un cas, que l'on trouvera reproduit dans Dereux, thèse, p. 306.

part de celui qui en aurait été la victime, une demande en indemnité fondée sur l'article 1382 du Code civil. Mais, malgré ces obstacles ou ces correctifs, les principes classiques n'en continueraient pas moins à recevoir application : faute de l'élément psychologique indispensable, l'acte serait déclaré nul (1).

En résumé, dans l'acte juridique la volonté est tout : elle est le seul élément essentiel de sa formation, comme aussi la base unique de son interprétation. Je ne suis obligé par un acte juridique que si je le veux, au moment où je le veux (2) et dans la mesure où je le veux. Et si cet acte juridique est un contrat, comme je ne puis devenir débiteur

(1) L'application de l'article 1382 n'aura pas forcément pour effet, comme on le pourrait croire, d'enlever à la question tout intérêt pratique. Au lieu de placer la victime de la réserve mentale dans la même situation pécuniaire que si le contrat avait été valable, on se bornera à la mettre dans celle où elle se serait trouvée si elle avait connu dès le début la cause de nullité. L'indemnité qui lui sera accordée ne représentera pas l'intérêt qu'elle avait à l'exécution du contrat supposé valable, mais celui qu'elle avait à ne pas se fier dès l'origine en la validité d'un acte illusoire. En d'autres termes, pour employer la terminologie allemande, elle aura droit à des dommages-intérêts contractuels négatifs, non à des dommages-intérêts contractuels positifs La différence peut être, en fait, considérable. — Voy. Code civil allemand, §§ 122 et 307 ; Saleilles, *Décl. de volonté*, p. 44 s. ; Saleilles *Obligation*, n° 153 s ; Dereux, *Interprétation des actes juridiques*, p. 308. — Cette distinction paraît de prime abord claire et séduisante. Mais l'appréciation du *Negative Vertragsinteresse* soulève en pratique de telles difficultés (V. Paul Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse de Lyon, 1911, p. 301 s.) qu'il est assurément bien préférable de tenir l'acte pour pleinement valable malgré la réserve mentale.

(2) L'habitude d'estimer l'acte juridique parfait dès la rencontre des volontés psychologiques a eu parfois pour conséquence de faire considérer, dans certains actes juridiques, comme de simples *modalités*, en particulier comme des *conditions*, des éléments véritablement substantiels, sans lesquels ces actes seraient inconcevables. Il est bien certain, par exemple, que la vente d'un chose future ne peut exister

ni créancier sans ma volonté et qu'il en est de même de mon cocontractant, le contrat n'existera que si nos deux volontés concourent, et à l'instant seulement où elles s'accepteront réciproquement pour créancières et débitrices. Si la rencontre psychologique incontestable des deux volontés ne se produit pas, si, lors de l'émission de la seconde, la première a subi un changement quelconque, ou si elle a cessé d'être par suite du décès de son auteur (1) ou pour toute autre cause (2), le contrat ne se formera pas.

II

Telle est en France la théorie classique de l'acte juridique et du contrat (3).

comme *vente* tant que cette chose n'existe pas. Jusque-là, il y a sans doute un concours de volontés, mais il n'y a pas de vente. C'est donc à tort qu'on applique en pareil cas la rétroactivité établie par l'article 1179 pour les véritables *conditions*. Comme le dit M. Chausse (*Rev. crit.*, 1900, p. 538), « ce n'est que lorsque se trouvent réunis les éléments essentiels d'un acte que l'on peut songer à l'affecter d'une condition, si toutefois sa nature comporte l'insertion de cette modalité » (V. Planiol, *Traité*, t. I, 4e édit., p. 118-119).

(1) Cass., 21 avril 1891. S. 95.1.398. — Cf. Meynial, *op. cit.*, p. 565.

(2) Par ex. si l'auteur de l'offre a été frappé d'aliénation mentale avant l'acceptation. — Cf. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, p. 470. Les principes énoncés au texte sont poussés jusqu'à leurs dernières conséquences par Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 32, et surtout par Demolombe, t. XXIV, nos 45 s., et Larombière, t. I, art. 1101, n° 14. — V. aussi Laurent, t. XXVIII, n° 88, p. 96 (à propos du mandat *post mortem*).

(3) A qui douterait de l'exactitude de l'exposé qui précède, nous conseillons de relire les grands traités du siècle dernier, par exemple Demolombe, t. XXIV, n° 45 s. « Le consentement, c'est le concours de deux volontés qui s'accordent dans un même but. Et, par conséquent, le moment où le consentement se forme, est celui où les deux volontés en effet concourent ; c'est le moment où la simultanéité d'existence de l'offre et de l'acceptation produit entre elles la rencontre

I. — C'est une doctrine profondément individualiste. C'est, d'autre part, une œuvre de spéculation abstraite et de pure logique. Dans ces deux caractères, qui au fond s'appellent et s'impliquent, elle se résume toute.

C'est en effet sur le terrain des pures abstractions de l'individualisme classique qu'elle est édifiée. On snppose deux volontés idéales, autonomes et souveraines, vivant dans nn monde quelconque, ou plutôt ne vivant dans aucun monde, n'appartenant à aucun milieu social et ne dépendant que d'elles mêmes dans l'organisation de leur vie juridique. Il s'agit de savoir comment ces volontés abstraites, qui au snrplus sont censées agir sans but pratique déterminé, simplement pour jouir d'elles-mêmes, penvent créer entre elles des obligations et des droits. Et ponr résoudre ce problème, an lieu d'observer les réalités juridiqnes concrètes et d'y pniser les élèments de conceptions doctrinales souples et fécondes, on se contente d analyser les notions de volonté et d'autonomie pour en tirer *more geometrico*, suivant les procédés d'une déduction rigoureuse, toute la théorie.

et, en quelque sorte, la jonction d'où résulte le nœud, qui forme le contrat (n° 62). . Le contrat, c'est le concours des deux volontés ; c'est le consentement ; or les deux volontés n'ont pas concouru ; donc, pas de consentement, ni de contrat (n° 70)... La convention n'est pas formée, tant que les volontés des deux parties n'ont pas concouru ; or, la volonté d'une personne, c'est la personne elle-même ; et cette volonté meurt avec elle ! » (n° 69). Telles sont les considérations qui reviennent à chaque page. C'est à la lumière de ces seuls principes que sont résolues toutes les difficultés. — V. aussi Larombière, *Obligations*, t. I, chap. I^er^, n° 2 et n° 9 s. — Voy. d'autres exposés de la théorie classique dans Dereux, *Rev. crit.*, 1901 et 1902, et thèse, p. 301 s. ; Meynial, *op. cit.* : Fortier, *Pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, thèse, 1909, p. 67 s. — Notons que, quand on en vient aux détails d'application, les divers principes que nous venons de formuler reçoivent, sans qu'on l'avoue toujours. d'assez nombreux correctifs, pour ne pas dire de véritables entorses. — Voy. sur ce point, Meynial, *op. cit.*, p. 564 s.

Assurément, le système ainsi construit ne manque ni de solidité interne ni d'harmonie. Il satisfait les esprits géométriques, qui volontiers se persuadent que, logique et cohérent comme les démonstrations mathématiques, il est comme elles immuable et universellement vrai.

Ils ne prennent pas garde que ces volontés idéales, conçues comme absolument autonomes et indépendantes, ne sont que des fictions ; que les hommes réels en chair et en os vivent dans un milieu social déterminé, dont l'influence à chaque instant les pénètre et les domine, et auquel ils empruntent tous leurs moyens d'action ; que, par conséquent, c'est seulement à travers les usages, les besoins, les croyances et les exigences plus ou moins variables de ce milieu social, que doit être envisagée l'activité juridique individuelle ; et qu'au reste, à vouloir résoudre toutes les questions et trancher toutes les difficultés par la considération de la seule volonté, on aboutit fatalement à un dogmatisme étroit et rigide, contre lequel — nous le verrons — la vie juridique réelle incessamment proteste (1).

(1) Exemple : la fameuse question de la *volonté unilatérale comme source d'obligations*. Tandis que les uns (cf. *supra*, ch. I, sect. II, § 1, *in fine*), au nom de ce principe que la volonté est souveraine sur celui qui l'émet, semblent disposés à admettre sans réserve la validité des promesses unilatérales, les autres, sous prétexte que nul ne peut acquérir des droits sans sa volonté, ou en vertu de quelque autre principe abstrait prétendu inéluctable, nient absolument la possibilité de tels engagements et s'efforcent, en conséquence, d'expliquer par de véritables « concours de volontés » les exemples invoqués par les premiers (Voy. à divers égards : Demolombe, t. XXIV, nos 63, 65 ; Planiol, 4e éd., t. I. no 270, t. II, no 831 s , no 983 ; A. Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, p 437 s., p. 445, et *Livre du Centenaire*, p. 58-62). Mais l'évolution du droit ne confirme ni l'une ni l'autre des deux doctrines adverses. C'est qu'en réalité la question ne se pose pas ainsi *in abstracto*. Sa solution ne se puise pas dans la considération de la nature de la volonté humaine, mais dans l'étude des besoins et des

On ne remarque pas, d'autre part, que la volonté ne s'exerce jamais à vide, pour le seul plaisir de s'exercer (1).

exigences variables de la vie sociale. C'est d'après ces besoins et ces exigences, et non en vertu de dogmes abstraits, que le droit accorde ou refuse en fait la sanction juridique à telle ou telle catégorie de promesses unilatérales. Pour s'en rendre compte, il suffit d'examiner, en dehors de tout préjugé doctrinal, les législations étrangères récentes (Ex : Code civil allemand) et notre propre jurisprudence (V. Meynial, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902. p. 564 s.). Cf sur cette manière d'envisager la question : Gény, *Méthode*, p. 536 ; et, sur l'importance, en pareille matière, de la considération du milieu social : Tarde, *Les transformations du droit*, p. 119 s. ; Meynial, *op. cit.*, p. 563. — *Adde* : P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, 1911, p. 255 s.

On trouvera, d'autre part, un remarquable exemple de l'influence pernicieuse des pures conceptions idéales dans Savigny, *Droit des obligations* tr.fr., 2e éd., t. II, p. 250. Ne pouvant concilier la validité d'obligations souscrites au porteur avec les principes classiques de la théorie du contrat, Savigny déclare que « ni la pratique de la jurisprudence, ni l'intérêt des affaires, si considérable qu'il soit, ne peuvent certainement faire déclarer valable, à un point de vue abstrait, cette opération. » Pour être contraires aux « principes », les titres au porteur n'en ont pas moins continué à se multiplier. Le droit vivant se joue des conceptions rigides dans lesquelles on prétend pour jamais l'enfermer. — Voy. sur ce passage de Savigny, les réflexions de Tarde, *op. cit.*, p. 121.

(1) Que le lecteur se rappelle, à ce sujet, la manière classique de présenter la question des *promesses pour autrui*. On commence par affirmer, à la suite du législateur (art. 1119, C. civ.), qu'*en principe* ces promesses ne produisent aucun effet ; toutefois, ajoute-t-on, les promesses de porte-fort sont valables (art. 1120). Ainsi, pour édifier le *principe*, on suppose un individu promettant le fait d'autrui sans but, sans motif, sans y avoir aucun intérêt, simplement pour le promettre ! et l'on prend la peine de dire qu'une semblable promesse est inefficace ! N'y a-t-il pas quelque puérilité à faire pareille hypothèse et à formuler un tel principe dans un Code ? En fait, tout acte juridique est un acte de raison : on ne veut jamais sans motif ; et, dans notre état social, toute promesse pour autrui implique nécessairement soit l'intention de représenter juridiquement l intéressé, soit celle de se porter fort, — sauf, bien entendu, les cas de pure folie ou de sim-

Vouloir juridiquement, c'est vouloir pour un but (1), et pour un but pratique, donc situé dans le monde réel et conditionné par le milieu social (2). Le contrat n'est pas un acte de création *ex nihilo* s'opérant dans le vide, mais un simple instrument en vue de la satisfaction d'intérêts humains socialement tenus pour importants (3) et légitimes, et toujours destinés à se concilier, au sein de la vie sociale, avec d'autres intérêts, particuliers ou généraux, en conflit (4).

ple plaisanterie, pour lesquels d'ailleurs la question de validité se pose tout autrement. — Cf. une note intéressante de M. Girard, dans son *Manuel de droit romain*, 4e éd., p. 452, n° 4; cf. aussi Ch. Beudant, *Obligations et contrats*, p. 576.

(1) V. Ihering. *Der Zweck im Recht*, t. I, chap. I; Duguit, *L'Etat. le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 164.

(2) Remarquons en passant que la doctrine classique de l'acte juridique nous apparaît ainsi comme étroitement apparentée avec la théorie purement *formelle* du droit (*supra*, chap. I, sect. II, § 2) qui, dans les rapports juridiques, ne considère que leur forme (la *volonté*, envisagée indépendamment de son objet et de son but) et fait abstraction des *intérêts* humains qui en constituent la matière.

(3) Des conventions ayant pour objet un tour de valse, un rendez-vous chez un ami, une invitation à déjeûner, une place à retenir au train. etc..., sont sans effet juridique. Pour expliquer l'absence de sanction légale, on invoque d'ordinaire la volonté : dans ces divers cas, dit-on, la volonté n'est pas positivement orientée vers la production d'effets de droit. — L'explication est peut-être exacte, mais elle a besoin d'un complément L'intention réelle des parties, en effet, est souvent obscure ou inconnaissable. Et alors, si des difficultés s'élèvent, si surtout il s'agit de cas *limites*, la considération de la seule volonté ne suffit plus, et le problème se pose en réalité de la façon suivante : Y a-t-il ou non en jeu, dans l'espèce, un *intérêt* qui, vu à travers les croyances, les besoins et les usages du milieu social, soit assez *important* pour mériter la protection juridique ? Naturellement la réponse varie suivant les époques et les circonstances.

(4) Rappr. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 229 : « Le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit, mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts com-

Et le juriste doit d'autant moins faire abstraction de cette fonction pratique de l'acte juridique, que seule elle lui permet de comprendre les transformations successives du droit contractuel à travers les âges ; à qui ne considère que la volonté psychologique en elle-même, cette évolution juridique est inexplicable (1).

En un mot, la théorie individualiste classique oublie que, comme tout phénomène juridique, le contrat est un fait social ; que la volonté individuelle ne peut produire des effets de droit qu'à la condition de se socialiser, c'est-à-dire de s'insérer dans le milieu social et de se plier à ses lois ; et que, par conséquent, à côté de l'élément psychologique subjectif, seul pris d'ordinaire en considération, doivent entrer en ligne de compte, dans la théorie de l'acte juridique, d'autres éléments, tirés d'une réalité plus large (2), que par opposition nous appellerons objectifs ou sociaux, et dont l'importance, jadis secondaire, s'est à ce point développée en l'état actuel de notre civilisation, qu'ils suppléent parfois à eux seuls l'élément psychologique défaillant.

C'est le rôle de ces derniers éléments que nous voulons mettre en lumière. Par là même seront établies les insuffisances de la doctrine traditionnelle. Quelques rapides

muns, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques. » Stammler dit de même que l'obligation contractuelle est « une union juridique voulue entre particuliers en vue d'une coopération sociale quelconque » (*Das Recht der Schuldverhältnisse*, p. 8, cité dans Théodoroff, *L'enrichissement sans cause*, thèse, 1907, p. 131).

(1) Cf. sur ce dernier point, Ihering, *Zweck im Recht*, tr. fr., t. I, p. 178 s., et *infra*, chap. VI. « Le droit des contrats et les constitutions (politiques) sont des faits qui relèvent de l'histoire, et dont on ne saisit la signification qu'en les rapprochant de l'histoire, c'est-à-dire des circonstances et des besoins de l'époque qui les ont vu naître » (Ihering, p. 181).

(2) Cf. Gény, *Méthode*, p. 530.

réflexions, à l'occasion d'exemples choisis au hasard, suffiront à notre dessein.

II. — La volonté, nous dit-on, constitue toute l'essence de l'acte juridique : elle seule lui donne sa vertu créatrice et fixe les limites de son efficacité. Confrontons ces affirmations avec les faits.

Je participe à un contrat d'adhésion ; je signe, par exemple, une police d'assurance. Cette police, l'ai je lue ? Ne l'ai-je pas lue ? En ai-je voulu ou non toutes les clauses ? Questions capitales, semble-t-il ; car, s'il est des clauses que je n'ai pas connues ni voulues, ces clauses, ainsi restées en dehors du contrat, c'est-à-dire de l'accord des volontés, doivent être réputées non avenues. Or, chose étrange, de ces questions le juge n'a nul souci. J'ai signé, j'ai *déclaré* avoir une certaine volonté ; cela suffit. Peu importe qu'en fait je ne l'ai pas eue. Des motifs tirés de la sécurité des relations juridiques et de l'intérêt général exigent que toutes les clauses de la police trouvent application. Sur ma volonté psychologique réelle, prétendue seul élément essentiel de l'acte, prévaudra ma déclaration.

Je retiens une loge au théâtre ; le billet d'entrée m'est remis *sous-enveloppe*. Or, je m'aperçois plus tard qu'au dos de ce billet figure une mention qui interdit rigoureusement l'entrée du théâtre, une fois la représentation commencée. Ignorant cette clause au moment du contrat, je n'ai pu évidemment la vouloir. M'oblige-t-elle cependant ? Oui, décide le tribunal de commerce de la Seine (1). Au nom des principes

(1) 19 avril 1900. V. *Le Droit*, 28-29 mai 1900. — Cf. sur cette espèce Dereux, *Rev. crit.*, 1901, p. 521, et Fortier, *Pouvoirs du juge*, thèse, 1909, p 89. A noter que le fait de la remise du billet *sous enveloppe* n'était pas contesté, et que la clause en question était contraire aux usages, ce qui excluait toute présomption de consentement tacite.

classiques méconnus, un auteur proteste (1). Nous pensons, quant à nous, que le tribunal a bien jugé, et que, en pareil cas, bien d'autres tribunaux jugeraient de même. Pourquoi ? Parce que, au contact de la vie et de ses exigences, les juges sentent à chaque pas, sans toujours l'avouer, qu'en dépit des principes appris à l'Ecole de droit, la volonté n'est pas le seul facteur de l'acte juridique et qu'elle n'est pas seule à en déterminer les effets (2) (3).

(1) Fortier, *op. cit.*, p. 90.

(2) Remarquons que la solution du tribunal de commerce de la Seine ne s'explique ni par le principe classique de la *volonté*, ni même par celui de la *déclaration*. Car si, en inscrivant la mention en question, l'administration du théâtre a émis une déclaration de volonté, il n'y a rien eu de tel de la part de l'acheteur du billet ; ce billet ne constitue pas, comme la police d'assurance, une charte signée des deux parties. Ici, les explications purement contractuelles ne suffisent donc plus. Nous sommes ainsi invités à nous demander si l'idée de contrat a vraiment toute la portée et toute la fécondité qu'on lui attribue. et si sous certaines situations juridiques où l'on ne voit d'ordinaire que des éléments contractuels il n'y a pas quelquefois autre chose. C'est un point sur lequel nous reviendrons.

(3) Pareillement, il a été jugé que la clause figurant en tête d'un journal : « L'abonnement continue sauf avis contraire » est « opposable même à l'abonné qui ne l'a pas connue avant de contracter ». Tribunal de paix de Compiègne, 16 août 1895, D. P. 96 2.389. — V. en sens inverse Douai, 10 mars 1874, D. P. 74.2.153. et. sous cet arrêt, une note qui invoque, pour le justifier, les principes classiques du contrat. — Sur la question de savoir si le fait de recevoir sans protester un journal pendant un temps plus ou moins long suffit à la formation d'un véritable contrta d'abonnement, voy. Trib. de paix de Mollien-Vidame, 5 juillet 1883, et en sens contraire, Trib. de paix de Rosières, 10 janvier 1883 (Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Obligations*, n° 29). Ce dernier jugement, dont nous n'approuverions peut-être pas le dispositif, est intéressant par ses considérants : « Attendu que les numéros du journal, qui étaient adressés quotidiennement par le demandeur à D., n'ayant pas été refusés par ce dernier, H. (le demandeur) *a pu croire de bonne foi* que le défendeur consentait à être abonné au journal...», et que, d'autre part, le défen-

J'ai signé une lettre de change ; mais mon consentement a été surpris par dol. Volonté viciée, donc contrat nul ? Pas du tout. Si un tiers porteur de bonne foi me présente la lettre à l'échéance, je suis tenu de payer. Ma volonté était nulle (art. 1109, C. civ.) ; mon acte est pourtant juridiquement efficace (1).

Avant de mourir, un fou non interdit a pris part à un contrat ; rien dans la teneur ni dans les circonstances de l'acte ne dénote la démence : l'acte est valable (art. 504, C. civ.) (2). — Mais il n'y avait pas volonté ! — Sans doute ; mais des intérêts supérieurs, que chacun sait, exigent qu'il y ait contrat : il y a donc contrat. — Erreur : simple question de preuve. Il n'y a pas contrat, ou du moins le contrat est nul ; seulement, de cette nullité le droit, pour des raisons spéciales, interdit la preuve. — Parlons clair : entre le plus valable des contrats et cet acte prétendu nul mais en réalité inattaquable, où est la différence ?

En pareil cas, ce que sous le nom de contrat le droit protège et sanctionne, ce n'est pas une *volonté*, c'est la légitime *confiance* qu'une apparence de volonté a fait naître.

deur « en bonne conscience *ne devait pas supposer ni croire* que le demandeur lui envoyait son journal gratis ; que cet envoi continuel aurait dû au contraire attirer son attention... » En d'autres termes, pour savoir s'il y a ou s'il n'y a pas contrat, au lieu de s'attacher uniquement à la volonté psychologique réelle de chaque partie, il faut davantage tenir compte de la *confiance* que ses agissements, vus à travers les usages, les besoins sociaux et les exigences de la bonne foi, ont dû engendrer normalement chez l'autre partie. C'est ainsi le point de vue allemand de la *déclaration* qui tend à prévaloir.

(1) Cf. E. Lévy, *Rev. crit.*, 1899, p. 385 ; *Rev. trim.*, 1910, p. 720. V. Ad. Pichon, *L'inopposabilité des exceptions aux porteurs d'un titre à ordre*, thèse, 1904, p. 123 s.

(2) Cf. E. Lévy, *Rev. socialiste*, 15 mars 1911, p. 241 ; R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. 1909, p. 208.

Dans la théorie de l'acte juridique, il faut donc compléter et corriger le principe de la volonté par celui des exigences impératives du milieu social, notamment par le principe de la *sécurité* (1) nécessaire à la bonne marche du commerce humain.

Devons-nous aller plus loin? De ces divers exemples, devons-nous conclure qu'il faut supprimer tout rapport entre l'idée de contrat et celle de volonté? Que la volonté juridique n'est qu'une de ces superfétations, une de ces *idola fori* à bannir désormais de la science du droit? Qu' « on peut dire ou ne pas dire que le contrat est un acte de volonté », que « ce n'est que façon de dire » (2)? Ce serait pur paradoxe. Car, en vérité, les exemples de ce genre ont beau être nombreux, ils ont beau le devenir de nos jours davantage, ils n'en restent pas moins des anomalies, des exceptions (3); et, si nous ne redoutions de tomber d'un paradoxe dans un autre, nous dirions volontiers que, loin de consacrer l'irrémédiable faillite du principe de la

(1) Sur l'importance capitale de l'idée de *sécurité* et sur son double aspect (1° sécurité *statique* ou sécurité dans la possession ou sécurité des titulaires de droits; 2° sécurité *dynamique* ou sécurité dans l'action ou sécurité des acquéreurs de droit), voy. R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 63 s. C'est surtout de sécurité dynamique qu'il s'agit ici, et de même toutes les fois qu'on parle de « sécurité du crédit », de « sécurité des affaires », etc... Plus la vie humaine se « socialise », et plus augmente l'importance juridique de cette forme de sécurité (Cf. *infra*, chap. III, sect. II, p. 164 s.). Le principe de la sécurité statique, au contraire, s'harmonise très étroitement avec l'individualisme classique, car il tend à affirmer que le milieu social est sans action sur les droits individuels et que ceux-ci ne peuvent se modifier ou s'éteindre que par la *volonté* de leurs titulaires.

(2) E. Lévy, *Rev. soc.*, 15 mars 1911, p. 241.

(3) Cf. Windscheid, *Pandectes*, t. I, 7e édit., p. 168.

volonté sainement entendu, ils en constituent à certains égards une reconnaissance implicite. Si, en effet, ces diverses situations juridiques engendrent chez les tiers une « *confiance* légitime », que le droit sanctionne, c'est parce qu'ils croient y voir des manifestations de *volonté*. Notre conscience juridique ne tiendrait pas pour respectables des apparences de volonté, si elle n'était guidée par cet incontestable principe que derrière ces apparences il y a normalement des volontés véritables qui leur donnent leur valeur et leur signification, et si, par conséquent, elle ne considérait la volonté réelle comme l'ordinaire condition de l'efficacité juridique. Ce qui dans les larmes d'autrui nous émeut et ce qui nous charme dans un sourire, ce n'est pas une sécrétion physiologique, ni une contraction musculaire — seuls phénomènes tombant directement sous les prises d'une observation objective, — c'est la joie intérieure que ce sourire manifeste, ce sont les déchirements intimes que nous imaginons sous ces pleurs. Pareillement, ce qui dans l'acte juridique est générateur de confiance, ce n'est point l'activité envisagée du dehors, ce ne sont point les faits extérieurs ou objectifs, considérés en eux-mêmes, que, sous prétexte de science positive, une école voudrait prendre pour unique base de ses théories, c'est la croyance aux faits intérieurs que normalement ils servent à traduire, c'est la représentation de la volonté interne qu'ils sont censés manifester. Sans doute, il peut arriver parfois que des sourires ou des larmes, qui éveillent en nous des échos sympathiques, résultent de phénomènes purement nerveux, auxquels ne correspond aucun état psychique bien défini. Mais qui donc s'aviserait de fonder sur ces anomalies un principe comme le suivant : on peut dire ou ne pas dire que le sourire est l'expression de la joie, et les larmes celle de la douleur ; ce n'est que façon de dire...

Donc, tout en corrigeant ce qu'ont de trop rigide et de trop exclusif les doctrines traditionnelles, gardons-nous de tomber dans les excès de certaines écoles adverses (1).

III. — Poursuivons cet examen sommaire des principes classiques.

De nos jours, les transformations du commerce juridique ont amené un développement remarquable des *contrats entre absents* et principalement des contrats par lettres. Or,

(1) Au sujet des doctrines de M. Lévy auxquelles nous venons de faire allusion (voy. les références bibliographiques dans *Introduction*, § III, B), une double remarque s'impose. — A. — Dans la négation du principe de la volonté, M. Lévy va beaucoup plus loin que les théoriciens allemands de la « déclaration ». Si d'après ceux-ci, en effet (V. par ex. Bülow, *Das Geständnissrecht*. 1899, p. 114 s.), la volonté ne doit pas être considérée comme un élément constitutif (*Bestandtheil*) de l'acte juridique, elle reste cependant une condition normale de son existence (*Ursache*) : l'acte juridique est une « déclaration volontaire ». Les doctrines de M. Lévy iraient au contraire jusqu'à bannir de la théorie du contrat, non seulement ce que les Allemands appellent la « volonté de l'effet », mais même la « volonté de la déclaration ». En d'autres termes, des deux éléments que nous indiquions plus haut comme les facteurs normaux de l'acte juridique — savoir : 1° la volonté psychologique ; 2° le milieu social avec les exigences objectives du commerce juridique, — M. Lévy ne semble conserver que le second : ce que nous prenons pour le premier ne serait qu'un « reflet », un « écho », une « étiquette » du second. — B. — Cette théorie nous paraît se rattacher très étroitement au système sociologique de l'école de M. Durkheim, système qui absorbe entièrement la psychologie dans la sociologie, et considère les consciences individuelles, non comme des forces autonomes, qui, tout en subissant les influences organiques du milieu social, réagissent sur lui de façon efficace, mais comme de simples produits de ce milieu, comme des émanations de la conscience collective. Si donc on veut discuter intégralement cette conception nouvelle du contrat, c'est ailleurs que sur le terrain proprement juridique qu'il faut porter le débat. La question qui au fond s'agite est celle des rapports de la psychologie et de la sociologie, de l'individuel et du social.

dans ces contrats, pour de nombreux motifs pratiques que nous n'avons pas à rappeler (1), il est fort important de déterminer avec précision les conditions de la formation des engagements réciproques, et surtout le moment exact de leur naissance. Qu'ont fait les auteurs classiques ? Suivant leurs habitudes, c'est aux volontés qu'ils se sont adressés, s'efforçant de saisir l'instant précis de leur rencontre. La tâche était difficile. Peu de questions ont fait couler autant d'encre, en France et à l'étranger. Quand la rencontre cherchée a-t-elle lieu ? Est-ce lorsque l'acceptation est voulue ? Est-ce quand elle est émise ? Est-ce lors de sa réception ? Est-ce au moment de sa perception par le destinataire ? Les juristes discutent encore, et nombreux sont les systèmes proposés (2). Mais quelle que soit la solution générale ainsi admise *in abstracto* (3), quand on veut la mettre en pratique, mille difficultés surgissent, et l'on constate que des intérêts importants risquent d'être lésés (4). Aussi les auteurs sont-ils réduits, pour échapper aux funestes conséquences d'une application trop rigide de leurs principes abstraits présentés d'abord comme absolus, à s'engager dans une longue série de distinctions et de sous-distinctions ; et c'est alors dans leurs théories un tel enchevêtrement de règles et d'exceptions, que l'esprit s'y perd et que, constatant l'inutilité de ces laborieux efforts d'analyse, il en vient à

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, n° 37.

(2) V. par exemple Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, p. 43 s., avec la bibliographie citée.

(3) V. dans Boistel, *Philosophie du droit*, 1899, t. I, p. 426-427 et 439, un bon exemple de cette façon tout abstraite de résoudre le problème.

(4) V. par exemple, de ce point de vue, Pothier, *Vente*, n° 32 ; Demolombe, t. XXIV, n° 61 s. ; Larombière, t. I, art. 1101, n° 14.

se demander si la question n'a pas été, dès le début, mal posée (1).

On cherche en effet l'instant précis où les volontés concourent. Mais est-on bien sûr que ce prétendu concours existe vraiment ? N'y a-t-il pas, en dépit de quelques exagérations, une large part de vrai dans ces réflexions de M. R. Worms (2) : « Il est chimérique de chercher le moment où les deux volontés se rencontrent, vu que, une fois que l'offrant a fait son offre, il n'y songe plus ; sa volition continue à porter effet, mais en tant que fait psychologique elle cesse d'exister ; et quand l'autre partie fait connaître son acceptation, celle-ci lie l'offrant, qui n'a plus l'intention expresse d'offrir, qui peut-être même a le regret formel de son offre. Toutes les difficultés dont on a arbitrairement compliqué cette question viennent de ce qu'on a cherché le moment auquel se produit l'accord des volontés, alors que cet accord ne se produit à aucun moment. »

En d'autres termes, si le contrat est la « rencontre métaphysiquement incontestable » (3) de deux volontés psychologiques, le contrat par correspondance n'est pas un contrat (4).

(1) Cf. Dereux, thèse, p. 347-348 ; Schlossmann, *Der Vertrag*, p. 5 s., p. 343 s. ; R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, thèse, 1891, p. 188 ; Tarde, *Les transformations du droit*, p. 121.

(2) *Op. cit.*

(3) Gény, *Méthode*, p. 532.

(4) C'est la conclusion de M. Worms (p. 188). « En somme, dans ce qu'on appelle contrat par correspondance, il n'y a pas contrat... Il faudrait, croyons-nous, renoncer une bonne fois à cette idée, aussi dangereuse que fausse, d'un contrat par lettres. Il faudrait tout simplement voir ici deux manifestations unilatérales de volonté, chacune obligatoire par elle-même. »

Mais, fort heureusement pour la science juridique traditionnelle, le contrat n'est pas cela. En fait, la vie réelle pose le problème tout autrement que ne le font les juristes. Pour elle, il ne s'agit pas précisément de savoir à quel moment s'opère cette prétendue « rencontre de volontés métaphysiquement incontestable », mais de déterminer à quelles conditions les démarches, les attitudes, les offres de chacune des parties, interprétées normalement, c'est-à-dire à la lumière des idées dominantes et conformément aux usages et aux besoins communs, peuvent inspirer à l'autre partie une confiance suffisamment ferme pour mériter la protection juridique. Et le véritable problème se formule ainsi : A partir de quel moment une rétractation ne pourrait plus survenir sans paraître injuste et choquante, sans porter atteinte à des intérêts légitimes, sans compromettre gravement la sécurité générale dont la vie des affaires a besoin ? Ainsi posée, la question ne peut évidemment se résoudre à l'aide de pures conceptions abstraites et *à priori*. La recherche de l'élément psychologique doit sans doute garder une place parmi les préoccupations du juriste — et il se pourrait que ce fût encore la place principale, — mais c'est du moins « à travers le prisme de la vie sociale » (1) qu'il faut envisager les consentements ; et à la considération de la volonté interne doit forcément se joindre celle des éléments sociologiques de tous ordres au sein desquels cette volonté se manifeste (2).

(1) Gény, *Méthode*, p. 532.

(2) On aboutirait ainsi au résultat pratique souhaité par M. Gény : « s'abstenir de toute solution rigide, et, *sans refuser les décisions de principe*, savoir du moins les multiplier et les assouplir, dans la mesure nécessaire à la satisfaction de tous les intérêts » (*Méthode*, p. 530).

A la vérité, les auteurs classiques ne sont pas sans avoir tenu quelque compte de ces élémeuts. Les juristes frauçais out trop le seus des besoins de la vie sociale pour ne pas essayer de corriger eu pratique ce qu'aurait souveut de choquant telle ou telle couséqueuce logiquement déduite de leurs priucipes abstraits (1). Mais graud est leur embarras quaud il s'agit de justifier ces dérogatious (2). D'ordiuaire ils se couteuteut d'iuvoquer avec Pothier « cette règle d'équité que uul ne doit souffrir du fait d'uu autre » (3). Mais l'explicatiou, telle du moius qu'ils la préseuteut, est souveut d'uue iusuffisauce mauifeste.

Aiusi, après avoir posé eu priucipe que tout fait reudant impossible uu véritable coucours des voloutés (révocatiou de l'offre, décès ou aliéuatiou meutale de l'offraut) empêche par là-même le coutrat de se former, Pothier ajoute : « Si ce marchaud de Livourue (que l'auteur suppose être sou correspoudaut) au reçu de ma première lettre avait fait partir les marchaudises que je lui demaudais, avaut que d'avoir reçu ma secoude lettre, qui conteuait la révocatiou de ce que je lui avais maudé par ma première, ou daus l'iguorance où il était de ma démeuce ou de ma mort qui avait empêché la couclusiou du marché ; *quoiqu'en ce cas il ne soit proprement intervenu aucun contrat de vente entre nous*, uéaumoius il sera en droit de m'obliger, moi ou mes héritiers, à exécuter le marché proposé par ma lettre, *non en vertu d'aucun contrat de vente*, mais en vertu de l'obligatiou que j'ai coutractée par ma lettre de l'iudemniser : obli-

(1) Ils sont loin cependant d'y parvenir toujours. — V. par exemple, Larombière, t. I, art. 1101, n° 14.

(2) Cf. Planiol, *Traité*, t. II, 4e édit., n° 983 ; Meynial, *Rev. trim.*, 1902, p. 564-566.

(3) *Traité du contrat de vente*, n° 32.

gation qui résulte de cette règle d'équité : *Nemo ex alterius facto praegravari debet.* »

Le « bon Pothier » ne prend pas garde qu'il s'engage dans des voies fort dangereuses. Avec un pareil mode de raisonner, sous prétexte de sauver la règle du concours des volontés, c'est la notion même de contrat qu'on voue à une ruine irrémédiable (1). Il est facile de deviner le langage qu'un Schlossmann tiendrait à Pothier : « Si la simple règle d'équité que nul ne doit souffrir du fait d'un autre m'oblige à exécuter le marché *quoiqu'il n'y ait pas contrat*, je ne vois pas pourquoi, *lorsqu'il y aura contrat*, il sera besoin d'une autre règle pour justifier la même obligation. Inutile donc, le grand principe de la force obligatoire des contrats. Inutile, le concept même de contrat, car à quoi bon baptiser *contrats* certaines situations juridiques et refuser à d'autres cette appellation, puisque entre les unes et les autres il n'y a juridiquement aucune différence ? Chassons de notre science un concept vide et sans valeur, qui ne sert qu'à l'obscurcir. »

Que répondrait Pothier ? Peut être ne pourrait-il rien répondre. C'est qu'en effet, envisagée du point de vue strictement classique, sa solution implique contradiction. S'il est vrai qu'aucun contrat ne s'est formé, je puis bien être tenu d'indemniser le marchand du préjudice qu'il a pu subir par mon fait (art. 1382, C. civ.) ; mais je ne puis l'être d'exécu-

(1) A un autre point de vue, on peut objecter que, si l'obligation d'indemniser le marchand procède de l'offre elle-même, comme semble le déclarer Pothier, il faut cesser de dire qu'une déclaration unilatérale de volonté est incapable à elle seule de créer des engagements. Que si au contraire on rattache cette obligation à la révocation de l'offre ou à l'événement qui rend l'offre caduque, on est alors forcément conduit à considérer la mort et l'aliénation mentale comme des principes de responsabilité, comme des « fautes » au sens de notre article 1382, ce qui paraît quelque peu surprenant !

ter un marché qui, par hypothèse, n'a pas eu lieu (1) ; ou, si je suis tenu d'exécuter le marché, c'est qu'il y a bel et bien eu contrat, et alors il faut de toute nécessité reconnaître que le contrat est autre chose qu'une « rencontre de volontés métaphysiquement incontestable ».

Qu'on n'aille pas croire qu'au point de vue auquel nous nous sommes placé, le contrat par correspondance constitue de nos jours une anomalie juridique, et que partout ailleurs le concept classique de contrat s'applique adéquatement à la réalité. Comme le remarque justement Schlossmann (2), un contrat entre présents ne diffère pas plus d'un contrat entre absents que le meurtre accompli à l'aide d'un poignard ne diffère de celui qu'on commet avec un fusil à longue portée. Et nous comprenons certes fort bien qu'ayant cru pouvoir conclure à la complète inutilité du *Willensdogma* en matière de contrats entre absents, Schlossmann ait été conduit par sa logique à étendre cette conclusion à tous les contrats quels qu'ils soient. Partout, en effet, nous retrouvons, quoique à des degrés divers, les mêmes difficultés.

Et d'abord, il est incontestable que les remarques présentées dans les pages précédentes peuvent, sans la moindre hésitation, être appliquées à toutes les conventions qui se concluent à la suite d'*offres au public* ; car la situation des parties s'y trouve exactement la même que dans les contrats par lettres. Or on sait quel rôle jouent ces conventions dans notre civilisation actuelle, où, les rapports commerciaux ayant cessé d'être strictement personnels, ce person-

(1) L'application de la règle d'équité qui est à la base de l'article 1382 ne permet de tenir compte que du seul « intérêt contractuel négatif », et non de « l'intérêt contractuel positif ». — (Cf. *supra*, p. 136 note 1).

(2) Schlossmann, *Der Vertrag*, p. 6.

nage impersonnel qu'on appelle le public prend une importance sans cesse grandissante, au point de « devenir dans la comédie contemporaine, comme le chœur de la tragédie grecque, le principal interlocuteur auquel on s'adresse et qui vous répond, — ou ne vous répond pas... (1) »

Mais, même dans les contrats les plus conformes en apparence au type traditionnel, les difficultés entrevues tout à l'heure subsistent ; la rencontre des volontés reste toujours insaisissable. Et celui qui nous l'apprend, ce n'est pas un adversaire du dogme de la volonté et du dogme contractuel, ce n'est pas Schlossmann, ni M. Lévy ; c'est le théoricien le plus autorisé de l'autonomie de la volonté, c'est le plus subtil analyste de la notion classique du contrat : Emmanuel Kant. « Ni la volonté particulière du promettant ni celle de l'acceptant ne suffisent, dit-il, pour que ce qui appartient au premier puisse passer au second ; il faut pour cela la réunion des deux volontés, et par conséquent leur déclaration simultanée. Or cette simultanéité est impossible dans les actes empiriques de la déclaration, lesquels se succèdent nécessairement dans le temps et ne sont jamais simultanés. En effet, si j'ai promis et que l'autre veuille maintenant accepter, je puis, dans l'intervalle (si court qu'il soit), m'être repenti de ma promesse, puisque je suis encore libre avant l'acceptation ; par la même raison, l'acceptant ne doit pas, de son côté, se tenir obligé par la déclaration qui a suivi la promesse. Les formalités extérieures (*solennia*), suivies dans la conclusion d'un contrat [comme de se toucher réciproquement la main, ou de briser ensemble une paille (*stipula*)] et toutes les confirmations faites de part et d'autre de la déclaration antérieure,

(1) Tarde, *Les transformations du droit*, p. 120.

prouvent au contraire l'embarras des contractants sur la manière de représenter comme existant *simultanément* dans le même moment des déclarations qui sont toujours nécessairement successives ; ce qu'ils ne peuvent faire d'ailleurs, précisément parce que ce sont des actes qui se succèdent toujours dans le temps, et que, quand l'un a lieu, l'autre *ou bien n'est pas encore, ou bien n'est déjà plus* (1). »

Chimère donc que le contrat, puisque jamais dans notre monde empirique il ne peut trouver sa réalisation ! — Non ; ce n'est pas à cette conclusion déconcertante qu'aboutit Kant. Toutes ces difficultés, dit-il, peuvent être levées. — Et comment donc ? — Par « la déduction transcendantale du concept de l'acquisition par contrat ». Et le philosophe expose alors, en une théorie obscure, comment, par « l'élimination des conditions empiriques du contrat », et grâce à la considération des seuls élémenta « intelligibles », peut se concevoir la rencontre incontestable des volontés dans une union créatrice de droit. Mais, pour en arriver là, il lui faut abandonner le monde des *phénomènes*, — le seul, hélas ! que fréquentent les juristes, le seul aussi où se réalisent les contrats des hommes, — pour s'engager dans le monde des *noumènes*, où — que le lecteur se rassure — nous ne le suivrons pas.

Quand on voit un esprit de cette puissance réduit à de telles extrémités, n'est-il pas permis de douter de la valeur des principes dont il s'inspire ?

Il n'y a qu'un moyen d'échapper aux difficultés si bien aperçues par Kant : c'est de renoncer à affirmer *à priori* que, sans une rencontre absolument parfaite des volontés, le contrat serait inconcevable ; c'est de se pénétrer une fois

(1) Kant, *Doctrine du droit*, trad. Barni, p. 105.

pour toutes de cette vérité, — qu'habitués aux abstractions classiques nous avons quelque peine à saisir tout entière, — savoir que le contrat n'est pas autre chose qu'un instrument de la vie sociale destiné à la satisfaction réciproque des besoins des hommes, et qu'en conséquence c'est d'après la fonction pratique de ce « procédé de solidarité juridique » (1), et non d'après des considérations purement rationnelles et *à priori*, qu'il faut déterminer ses conditions d'existence et le moment précis de sa formation (2). Si l'on consentait à s'inspirer de cette idée, bien vite on se rendrait compte que moins que jamais, dans notre état social actuel, l'exacte coexistence et le concours parfait des volontés ne sont métaphysiquement nécessaires : pour qu'il y ait contrat, il faut et il suffit que les volontés des parties, examinées à travers les usages, les idées dominantes et les besoins de la vie juridique, paraissent s'être manifestées d'une manière assez ferme et s'être suffisamment rapprochées pour engendrer normalement une confiance qu'il serait injuste de léser (3).

IV. — De ces conclusions l'observation des mille petites conventions de la vie courante nous fournit une confirma-

(1) Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 229.

(2) Rappr. Saleilles, *Responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim.*, 1907, p. 747.

(3) Sur une place d'une grande ville, une voiture publique stationne ; le cocher dort sur son siège. Un passant s'installe dans la voiture ; il a contracté. Qu'on essaye de découvrir ici la rencontre incontestable de deux volontés ! — Mais cessons un instant d'examiner cette opération à travers notre milieu social actuel ; reportons-nous quelques siècles en arrière : le passant qui s'installe dans la voiture n'est plus un contractant, c'est un intrus qui commet un délit...

tion remarquable, en même temps qu'elle nous permet d'en étendre la portée. Elle nous montre, à notre grand étonnement, qu'appliqués strictement à ces opérations, les principes classiques n'aboutiraient à rien moins qu'à les faire pour la plupart annuler (1).

Il n'est pas un auteur, en effet, qui n'affirme comme la plus incontestable des vérités que, dans tout contrat, les deux volontés en concours doivent être de contenu identique et doivent déterminer elles-mêmes, par leur accord, tous les éléments essentiels de la convention (2). S'agit-il, par exemple, d'une vente ? Si les parties ne s'entendent pas avec précision sur le prix, ou si le prix est laissé à la fixation ultérieure de l'une seulement d'entre elles, aucun contrat, affirme-t-on, ne peut se former. « Il n'y a pas de vente, tant qu'il n'y a pas de prix fixé (3). » Alors même, ajoute-t-on, que les parties se référeraient expressément au *prix juste*, une telle détermination devrait être tenue pour trop imprécise, et, faute d'une coïncidence assez parfaite dans les volontés, il n'y aurait pas contrat (4).

(1) Rapp. des réflexions qui suivent, un intéressant passage de Gény, *Méthode*, p. 531-532.

(2) V. par ex. Aubry et Rau, 5e édit., t. IV, § 344, p. 535. — Cf. p. 480-481.

(3) Planiol, t. II, 4e édit., no 1378. — Cf. article 1591 du Code civil : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties. » — Cf. Aubry et Rau, t. V, § 349, p. 15-18 ; Troplong, *Vente*, t. I, no 151 : « Il n'y aurait pas de vente si l'une des parties restait maîtresse de déterminer arbitrairement ce qu'elle devra payer ou recevoir... La détermination du prix doit être l'ouvrage des deux parties, et non pas d'une seule. » Pothier, *Vente*, t. I, nos 34 et 36 : « Le consentement doit aussi intervenir sur le prix. Ce consentement ne se trouve point, si l'un compte vendre pour une somme plus grande que celle pour laquelle l'autre compte acheter ; il n'y a donc pas en ce sens de contrat de vente, faute de consentement. » Cf. Larombière, *Obligations*, t. I, chap. I, nos 9 s.

(4) Aubry et Rau, 5e édit., t. V, § 349, p. 18. « La vente faite soit

Tels sont les principes.

Or, sortons un instant de l'Ecole de droit où ils s'enseignent, et observons le monde juridique réel.

Chez un marchand à qui j'inspire confiance, j'ai pris un bibelot quelconque, sans m'informer du prix, me contentant de dire : « Vous m'enverrez votre facture. » Un contrat s'est-il formé ? Suis-je devenu propriétaire de l'objet ? Ou bien ne le serai je qu'au moment où je recevrai connaissance du prix ? Me sera-t-il permis, alors même que le prix n'aurait rien d'excessif, de refuser la facture et de dire au marchand : « Le prix ne me plaît pas ; donc, je vous rends l'objet. Sachez qu' « il n'y a pas de vente tant qu'il n'y a pas de prix fixé » et que nul ne peut être contraint de payer, au nom d'un prétendu contrat, un prix qu'il n'a pas consenti » ?

Je commande un vêtement à un tailleur, la réparation d'une montre à un horloger, un travail quelconque à un serrurier ou à un menuisier ; je reçois les soins d'un médecin ; à un loueur de voitures, je demande de me conduire à la localité voisine ; ou encore, je me fais servir dans un restaurant un menu de mon choix... Si les prix, salaires ou honoraires n'ont pas été déterminés, et si aucun tarif précis et fixe ne peut être invoqué (1), pourrai-je prétendre qu'il

pour la valeur de la chose, soit pour son juste prix, soit moyennant le prix qui en sera offert, doit être considérée comme non avenue. » — Cf. Troplong, *Vente*, t. I. p. 159.

(1) Nous excluons, en effet, les cas où un tarif de ce genre existerait. Ex. : si je demande dans un restaurant le repas du jour, dont un grand écriteau indique le prix, ou si je me fais transporter par une voiture publique dont toutes les courses sont tarifées, il est bien évident qu'en pareil cas la doctrine classique estimera le prix suffisamment déterminé par la volonté même des parties. Mais le lecteur trouvera facilement de nombreux exemples où il en est tout autrement.

u'y a pas eu contrat? Pourrai-je, au nom des principes partout enseignés, refuser de payer la somme qu'on me demandera et tenir aux personnes qui m'auront rendu ces divers services le langage suivant : « Le contrat est essentiellement l'accord ferme, précis et complet de deux volontés touchant certains objets : prix, salaires, honoraires, etc... Or rien de ce genre ne s'est produit entre nous. Je décline donc toute dette de nature contractuelle. Sans doute, je me suis enrichi à vos dépens, et je reconnais volontiers qu'à ce titre j'ai assumé à votre égard certaines obligations juridiques. Mais ces obligations doivent être déterminées par les seules règles applicables aux situations extra-contractuelles, c'est-à-dire par l'article 1382 du Code civil ou par le principe de l'*actio de in rem verso* (1). En conséquence, pour être quitte envers vous, il me suffit de vous rembourser vos dépenses et de vous indemniser du préjudice que vous avez pu subir. N'espérez donc pas obtenir autre chose. A vous, par exemple, restaurateur, je vous paierai le prix que mon repas vous a coûté, mais non le bénéfice que vous comptiez faire. Cette tasse de café, pour laquelle vous me réclamez cinquante centimes, ne vous revient sans doute qu'à vingt-cinq ; vous aurez vingt-cinq centimes. Et vous

(1) Nous croyons apercevoir quelques traces de ce mode de raisonner dans un jugement du tribunal de paix de Compiègne du 16 août 1895, rapporté dans le *Dalloz*, 96.2.389. Il s'agit du renouvellement tacite d'un abonnement à un journal : « Lorsque l'abonné a eu connaissance de la continuation du service du journal et en a profité, il ne peut, en pareil cas, se soustraire à l'action *de in rem verso*. » Il est vrai que le juge de paix tire de là cette conclusion que l'abonné doit payer le prix intégral d'un nouvel abonnement, comme si un véritable contrat de réabonnement s'était formé. Mais les principes classiques de l'*in rem versum* n'autorisent en aucune façon une semblable conclusion. Voy. la note suivante.

aussi, tailleur, serrurier, médecin, vous serez traités de même : je vous dois la réparation d'un dommage ou la restitution d'un enrichissement, je ne vous dois pas l'exécution d'un contrat (1). »

La conscience populaire tolérerait-elle un tel langage ? Y verrait-elle autre chose que le fait d'un escroc ou celui d'un mauvais plaisant ? Nous avons peine à le croire. En dépit des principes classiques, l'opinion publique n'hésite pas à dire qu'il y a ici de véritables contrats. Incontestablement, c'est elle qui a raison ; ce sont les principes qui ont tort.

(1) Nous raisonnons ici, comme plus haut à propos de Pothier, d'après les principes strictement classiques, et nous concevons la théorie de l'*in rem versum* de la façon traditionnelle, qui est très étroite. Mais nous comptons établir ailleurs que, s'il y a entre les situations contractuelles et les autres des différences réelles, ces différences ne sont pas cependant aussi considérables qu'on le pense communément (*infra*, chap. V, sect. II, § 2). En fait, dans l'hypothèse examinée au texte, à supposer qu'on ne voulût pas voir un véritable contrat, ne serait-il pas possible, sur le seul fondement de l'*in rem versum*, de reconnaître au restaurateur dont nous parlons le droit d'exiger non seulement le remboursement du *prix de revient* des produits consommés, mais en outre le bénéfice légitime qu'implique l'exercice de toute profession et qui sert à fixer le *prix normal de vente* ? Nous croyons bien qu'il faudrait en arriver là. La jurisprudence la plus récente, on le signalait tout dernièrement (Demogue, *Rev. trim.*, 1911, p. 435), semble s'orienter dans cette voie. Elle tend à élargir à ce point la théorie de l'*in rem versum*, qu'on a pu dégager de ses derniers arrêts le principe suivant : « Toute personne qui agit *professionnellement* en faveur d'un tiers et grâce à qui un enrichissement a pu être acquis à ce tiers, a droit à la *rémunération professionnelle* » (en dehors de tout contrat) (Demogue, *loc. cit.*). C'est là un principe dont l'individualisme classique s'accommodera difficilement, car il aboutit en fin de compte à singulièrement diminuer l'importance théorique et pratique de la notion de contrat et à porter une rude atteinte à la souveraineté juridique de la volonté individuelle.

En somme, dans ces contrats — puisque contrats il y a — comme d'ailleurs dans la plupart des opérations juridiques de la vie commerciale contemporaine, il est impossible de ne pas remarquer une notable diminution du rôle juridique de la volonté. Nous sommes bien loin de constater toujours en fait cette parfaite coïncidence et cette pléinitude des consentements que nos théories proclament indispensables à la formation du contrat. De plus en plus notre droit est porté à substituer à la considération de la *volonté* des parties celle de la *confiance* légitime que l'activité volontaire de chacune d'elles inspire à l'autre. Le moment où le contrat se forme n'est pas celui de l'hypothétique rencontre des deux volontés, mais celui où naît la confiance dont nous parlons ; et c'est cette confiance, bien plus que la volonté, qui fixe et limite les effets de la convention. Assurément, la confiance, en matière d'actes juridiques, suppose elle-même la croyance en la volonté, et on peut dire ainsi qu'elle naît de la volonté. Mais la volonté génératrice de confiance, ce n'est pas la volonté psychologique ou interne, seul objet des préoccupations des juristes orthodoxes, c'est la volonté *déclarée* ; ce n'est pas « la volonté sans voiles », telle qu'elle existe « dans le milieu individuel où elle a pris naissance » (1), c'est cette volonté contemplée à travers le milieu social, c'est-à-dire à travers tout un ensemble variable de croyances, d'usages et de besoins de tous ordres, et interprétée selon les exigences, de plus en plus impérieuses, de la loyauté et de la bonne foi.

M. Lévy définit le contrat : « Le *rapport de confiance légitime* que crée l'activité (ou volonté) formulée ou non formulée (2). » Tout en rejetant les principes généraux de la

(1) Meynial, *Rev. trim.*, 1902, p. 556.
(2) *Rev. trim.*, 1910, p. 720.

philosophie juridique de cet auteur, nous reconnaissons volontiers que les contrats de la vie courante *tendent* sensiblement à se conformer à cette définition. Si, en commandant, sans fixer de prix, un vêtement à mon tailleur, je *contracte*, c'est parce que je lui inspire la *confiance* que je paierai le prix qu'il me demandera, pourvu que ce prix n'ait rien d'*anormal* (1). Il se peut fort bien qu'estimant que le vêtement ne dépassera pas un prix déterminé, cent francs par exemple, j'aie intérieurement la ferme volonté de ne pas m'engager au delà de ce chiffre. Il se peut même que de cette volonté interne je sois en état de fournir la preuve. Néanmoins, si mon tailleur me réclame cent vingt francs, et que ce prix ne soit pas choquant, je serai obligé de le lui payer ; au besoin, le juge m'y condamnera (2). La mesure de mon obligation n'aura donc pas été ma volonté, mais la légitime confiance engendrée par ma commande. Inversement, si de mon côté je ne me préoccupe pas à l'avance du prix, c'est parce que j'ai confiance que celui que fixera mon fournisseur sera juste et normal. Si le tailleur trompe ma confiance, si, abusant du crédit que je lui fais, il me réclame une somme excessive, j'aurai le droit de résister à ses injustes prétentions, et le juge saura réduire le prix au taux normal, c'est-à-dire au taux auquel, eu égard aux circonstances, je pouvais ou devais m'attendre (3).

(1) Le prix normal est celui que fixerait une sorte de « bon père de famille », type du commerçant probe et loyal, pénétré des idées dominantes et connaissant bien les usages reçus et les besoins de la vie des affaires (Cf. la *communis aestimatio* dans la théorie canonique du juste prix). — Voy. *infra*, chap. V, sect. 2, § 2.

(2) Inutile de souligner combien tout ceci est inconciliable avec les affirmations de Pothier, de Troplong et d'Aubry et Rau, rapportées p. 158 en note.

(3) Sur la *Réductibilité des obligations excessives*, voy. la thèse de

V. — A considérer de près l'évolution de la vie juridique contemporaine, il semble donc bien que nous nous acheminions peu à peu vers un état social où, de moins en moins, la volonté constituera dans l'acte juridique le facteur unique et surtout l'unique mesure des effets de droit. Est-ce un bien ? Est-ce un mal ? Question oiseuse. C'est un fait. La prédominance exclusive de la volonté dans le contrat correspond à un état économique peu développé, où les relations juridiques sont rares, lentes, donc toujours précédées d'un débat plus ou moins long qui en détermine avec précision le mode et l'étendue, et où, d'autre part, les liens de solidarité étant assez peu sentis, l'individu est considéré comme « le seul artisan de sa fortune juridique » (1). Mais lorsque, avec la socialisation plus grande de la vie humaine, les rapports juridiques s'étendent, se multiplient, s'accélèrent, et que, par suite, chacun a davantage besoin, pour vivre et pour agir, de compter sur les autres, alors la nécessité se fait de plus en plus sentir de prendre en considération la sécurité du crédit, l'intérêt des affaires, les exigences de la bonne foi ; et, au nom de ces éléments, le droit relègue insensiblement au second plan la *volonté* interne pour donner la première place à la *déclaration*, ou, ce qui revient au même, à la *confiance* produite par la déclaration (2).

M. Jean Perrin, 1905. — Remarquons en passant : 1° Que nous assistons ici à une transformation du rôle du juge et à une extension de ses pouvoirs. Le juge ne se borne plus à enregistrer des volontés : il devient le gardien du juste ; 2° Que l'idée de *juste prix*, que les économistes avaient chassée du droit, tend à s'y réintégrer. — Cf. *infra*, chap. VI, sect. II.

(1) Meynial, *Rev. trim.*, 1902, p. 556.

(2) C'est ainsi, par exemple, que, comme le remarque M. Lévy, « les nouveaux contrats formels du droit commercial sont beaucoup moins faits pour la protection de la volonté de ceux qui contractent

Evidemment, cette évolution juridique n'est pas sans engendrer pour l'auteur d'un acte juridique un surcroît d'obligations, de responsabilités, de risques. Mais, chose remarquable, notre conscience juridique n'y répugne pas. C'est qu'une transformation profonde est en train de s'opérer en elle. Autrefois, on redoutait l'obligation, la responsabilité, le risque juridique : on ne savait y voir autre chose que des entraves à l'indépendance des individus et au développement de leur activité (1) : c'est pourquoi on ne les admettait que s'ils étaient positivement voulus. De nos jours, les points de vue se modifient, et on en arrive peu à peu à considérer l'obligation, le risque, la responsabilité, moins comme un obstacle au libre essor de l'individu que comme une discipline salutaire qui le régularise sans cesser de le stimuler (2).

Allons-nous donc adopter le principe allemand de la *déclaration* avec toutes ses conséquences ? Erigerons-nous

que dans l'intérêt du crédit, du respect des croyances des tiers (*L'exercice du droit collectif*, *Rev. trim.*, 1903, p. 102. — Cf. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897, n° 3. — Pareillement, notre droit préfère à l'héritier véritable le tiers de bonne foi qui a traité avec l'héritier *apparent* ; au premier acquéreur d'un immeuble qui n'a pas transcrit son titre, un acquéreur postérieur en date qui a accompli cette formalité génératrice de croyances, etc... Le système de la *transcription* et celui de la *déclaration* procèdent au fond du même principe. — Voy. l'importante étude de M. Louis Crémieu sur la *Validité des actes accomplis par l'héritier apparent*, dans *Rev. trim.*, 1910, p. 39 s., et la controverse suscitée par cet article entre M. Lévy et M. Crémieu (*Rev. trim.*, 1910, p. 351 s., 543 s. et 717 s.).

(1) D'après M. Meynial (*Rev. trim.*, 1902, p. 563), « cette malveillance antique (à l'égard de l'obligation) n'était sans doute que la dernière survivance d'un âge où l'obligation, solennelle et grave, prenait dans la vie du débiteur l'importance tragique d'une aliénation partielle de son être physique ».

(2) Cf. Meynial, *loc. cit.*

en règle générale que l'essence de tout acte juridique, le fondement et la mesure des obligations qu'il engendre, ce n'est pas la *volonté* de celui qui s'oblige, mais la *déclaration* qu'il émet ou la *confiance* qu'il détermine chez les tiers? Nous n'irons pas jusque-là. C'est qu'en effet, si les contrats d'adhésion, les offres au public, les contrats de la vie commerciale nous conduisent facilement au système de la déclaration, dans d'autres actes juridiques, nombreux et importants, mais trop souvent laissés en dehors du débat, le principe classique de la volonté garde en grande partie sa valeur, et nous ne pensons pas que de longtemps notre conscience juridique en tolère l'abandon : ce sont, par exemple, les contrats civils de type ancien, dont le mode de formation, dans les campagnes notamment, n'a pas sensiblement changé depuis des siècles ; ce sont surtout les testaments, les actes à titre gratuit, les fondations (dans les législations qui les admettent) et les actes qui ont trait aux rapports de famille (1). Il ne nous paraît pas concevable que, dans ces diverses opérations juridiques, on puisse faire systématiquement prévaloir sur la volonté la déclaration. D'ailleurs, n'avons-nous pas contre le système de la déclaration le propre aveu du législateur allemand? Si, après en avoir semblé adopter le principe, le *Bürgerliches Gesetzbuch* a dû, quand il s'est agi des détails d'application, revenir à maintes reprises au point de vue classique de la volonté, si, par exemple, il a dû admettre l'annulabilité pour erreur (§ 119) et reproduire dans son paragraphe 133 la règle tra-

(1) Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 56 ; B. Brugi, *La presupposizione e i criteri d'interpretazione del contratto formolati negli art.* 1124, 1131, *C. civ.*, dans *Riv. di dir. comm.*, 1907, t. II, p. 46 s. ; Bonfante, *Sulle concezioni tedesca e francese del contratto*, *Riv. di dir. comm.*, 1909, t. I, p. 268.

ditionnelle d'interprétation qui fait prédominer la volonté réelle sur la volonté apparente (1), n'y a-t il pas là une preuve manifeste que, pas plus que la volonté, la déclaration ne constitue le tout de l'acte juridique?

Au fond, la question est une question de *risques*. Ainsi apparaît-elle à qui la débarrasse de la terminologie quelque peu encombrante et lourde, dont l'a revêtue la doctrine allemande. Quand je participe à un acte juridique, entre mon état psychologique interne et sa manifestation extérieure, entre ma volonté réelle et la confiance que produit ma déclaration, l'adéquation n'est jamais entière (2). Il s'agit de savoir qui, d'un désaccord toujours possible, devra subir les conséquences? Le tiers auquel je m'adresse n'aura-t-il droit qu'à ce que j'ai voulu? Ou bien serai-je obligé à tout ce sur quoi il a dû normalement (3) compter? Qui doit

(1) Cf. Saleilles, *Décl. de vol.*, § 119 et § 133; Meynial, *Rev. trim.*, 1902, p. 566 s.; Dereux, thèse, p. 237 s., 396 s. — Toutefois ce serait une erreur de croire que les paragraphes 119 et 133 impliquent un abandon complet du principe de la déclaration (V. en effet Saleilles, *loc. cit.*; et rappr. du paragraphe 133 le paragraphe 157 spécial aux contrats). En réalité, ici, comme presque partout ailleurs, le législateur allemand a adopté entre les deux théories adverses, Willenstheorie et Erklärungstheorie, un système mixte.

(2) Il en est ainsi de nos jours surtout, où les contrats s'effectuent d'ordinaire très vite, entre des personnes qui souvent ne se sont jamais vues (contrats par lettres ou par télégrammes) et qui, ne connaissant pas les habitudes individuelles et la psychologie particulière de leurs cocontractants, ne peuvent plus, comme jadis, corriger ou compléter, grâce à cette connaissance, les inexactitudes ou les lacunes des déclarations émises.

(3) Remarquons que, dans le système de la déclaration, le destinataire n'est pas sans courir lui aussi certains risques. Le droit ne sanctionne pas ce sur quoi il a compté en fait, mais ce sur quoi il a *dû* compter, à supposer chez lui une appréciation *normale* des choses. En somme, le principe de la déclaration tend à faire toujours triompher ceux dont la conduite a été la plus normale. Chacun supporte les risques de son « anormalité ».

supporter le « risque contractuel » (1)? Est-ce l'auteur de la déclaration? Est-ce le destinataire? — Il est certain que, de plus en plus, le droit tend à répartir les risques selon ce qu'on a appelé le « principe de causalité » ; les risques sont à la charge de qui les crée ; ils sont pour celui qui agit, — ici, le déclarant — non pour celui qui est purement passif. De plus en plus, dans notre société juridique, il devient vrai de dire que vivre c'est courir des risques (2). Le risque est la rançon de l'activité, et souvent il en est aussi — nous le disions il y a un instant — un stimulant salutaire.

Un jour vient cependant où les risques courus sont tels que l'activité individuelle se décourage et s'arrête. Quand on ne voit plus un intérêt suffisant à agir, alors on n'agit plus ; l'esprit d'initiative disparaît ; et la vie sociale, privée de son moteur nécessaire, se trouve comme paralysée..... Rien de mieux, certes, que de rendre le droit plus social ; nous applaudissons à une pareille œuvre. Mais, sous prétexte de « socialiser », gardons-nous de tarir les sources de l'activité et d'engendrer une dépression collective. N'oublions pas que si, pour agir, les autres ont besoin d'avoir en nous confiance, nous aussi nous avons besoin d'avoir confiance en nous-mêmes... (3).

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. VIII.

(2) Cf. Saleilles, *Les accidents de travail*, 1897, *passim*, notamment p. 5, 61, 75. Mais, comme contre-partie de ces *risques*, la théorie de *l'in rem versum*, qui se développe parallèlement à la théorie des risques, tend à procurer à celui qui *agit* plus de *profits*, car elle lui reconnaît un droit plus certain et plus étendu sur les richesses que par son activité il crée autour de lui (Cf. G. Ripert, *Rev. crit.*, 1907, p. 210).

(3) Cf. Meynial, *op. cit.*, p. 572 ; E. Lévy, *Responsabilité et contrat*, *Revue crit.*, 1899, p. 373 ; Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 165 s.

Donc, volonté ? Déclaration ? Confiance légitime ?... Vainement on prétendrait trouver dans un principe unique l'intégrale solution du problème. Résignons-nous à ne jamais posséder cette formule simple et définitive, que réclament les esprits amoureux d'unité, et qu'il suffirait d'analyser *more geometrico* pour avoir réponse à toutes les difficultés soulevées par la vie. Construire une théorie de l'acte juridique n'est pas œuvre de logique, mais de téléologie sociale : conciliation difficile et toujours provisoire de besoins, d'intérêts et d'exigences de tous ordres, qui incessamment se modifient et se renouvellent. La formule abstraite dans laquelle on voudrait exprimer toute la théorie de l'acte juridique est aussi introuvable que celle de la meilleure des constitutions. La question est toute d'opportunité historique (1) (2).

(1) Cf. Ihering, *Zweck im Recht*, tr. fr., t. I, p. 181. — On a dit et redit que la théorie des obligations élaborée par les Romains représentait la partie immuable du droit, et que les transformations de la vie sociale n'avaient sur elle aucune action. C'est là une pure illusion, dont d'ailleurs on commence à revenir. V. Planiol, *Traité*, t. II, 4e édit., n° 160 ; Tarde, *Les transformations du droit*, p. 126. — Cf. E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, 1898, p. 2.

Le présent chapitre était rédigé quand nous eûmes connaissance de la très savante thèse, déjà mentionnée en note, de M. Paul Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle* (thèse de Lyon, 1911), de sorte qu'il ne nous a pas été possible d'en tirer tout le parti que nous eussions souhaité. Le chapitre consacré à la théorie allemande de la « Déclaration de volonté », pour laquelle l'auteur ne cache pas ses sympathies, est particulièrement remarquable.

(2) *Note relative à la théorie des nullités.* — Obligé de nous limiter, nous laissons de côté divers chapitres de la théorie des actes juridiques, où il ne serait cependant pas sans intérêt de constater les répercussions du principe classique de la volonté. Nous nous contenterons de dire ici deux mots de la théorie des nullités.

Le « Willensdogma » s'y manifeste par une tendance bien caractérisée à étendre d'une manière abusive la notion de *vices du consente-*

ment et à expliquer par un vice de la volonté des nullités qui en réalité ont souvent une autre cause, ou du moins des causes mixtes. C'est ainsi, par exemple, que, malgré l'opinion couramment enseignée, le *dol* n'est pas un simple vice du consentement : en tant que vice du consentement, rien ne le distingue de l'erreur ; l'annulation pour dol est, croyons-nous, inexplicable, si l'on n'y voit en outre, conformément d'ailleurs à la conception romaine primitive, une *pénalité* infligée à l'auteur d'un *délit civil* (Cf. René Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse de Dijon, 1909, p. 205, n. 1 ; Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 295 ; P. Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, thèse, 1911, p. 222 s. — Voy. toutefois, Saleilles, *Déclaration de volonté*, § 123).

Bien plus manifeste encore est l'insuffisance des explications traditionnelles, lorsqu'il s'agit de la *lésion* (Cf. Japiot, thèse, p. 195 et p. 223 s. ; P. Roubier, thèse, p. 147 s. ; F. Hayem, *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse, 1899, p. 77 s.). Nous n'avons pas oublié le profond étonnement qui fut le nôtre, lorsque, au début de nos études de droit, il nous arriva pour la première fois de lire quelque chose comme ceci : « Les *vices du consentement* sont : l'erreur, le dol, la violence, *la lésion*... » Nous crûmes un instant que le mot lésion était un terme technique spécial, dont le sens juridique ne rappelait que de très loin la signification courante. Fort heureusement, il n'en était rien. En droit, comme partout ailleurs, la lésion est avant tout une *injustice objective*, non un vice de la volonté. Elle est la violation de la justice commutative, le dommage résultant d'une disproportion entre les valeurs échangées. Le véritable vice du consentement, l'erreur par exemple, s'apprécie par la considération de la seule volonté ; peu importe qu'en fait le contrat vicié par l'erreur constitue ou non *objectivement* une « mauvaise affaire ». Au contraire, l'acte entaché de lésion est toujours par lui-même une mauvaise affaire ; pour déterminer s'il y a lésion, on regarde non la *volonté*, mais l'*objet*. Assurément, l'annulation pour lésion peut être subordonnée à d'autres conditions, tirées de la volonté des parties ; mais ces conditions complémentaires ne doivent pas nous faire oublier la nature propre de l'acte lésionnaire. Et d'ailleurs, la volonté qu'en pareil cas le législateur ou le juge seront portés à prendre en considération, ce sera souvent non pas la volonté du lésé, mais celle de l'autre partie : on exigera par exemple de celle-ci des manœuvres constituant un *abus*, une exploitation (*Ausbeutung*), en sorte que l'annulation se présentera moins comme une protection accordée à une volonté incomplètement libre, que comme un châtiment infligé à une volonté coupable. Ainsi en est-il dans l'hypothèse bien connue du

SECTION III. — Interprétation de l'acte juridique.

§ 1. — Exposé de la théorie classique.

Au sens le plus général du mot, *interpréter* un acte juridique (1), c'est en déterminer les effets.

paragraphe 138, alinéa 2 du Code civil allemand. « La volonté de celui qui accepte est présumée intacte, dit à ce sujet M. Saleilles, mais la volonté de celui qui impose est jugée coupable » (Saleilles, *Décl. de vol.*, p. 298). C'est aussi le cas du paragraphe 937 du projet de Code civil hongrois. Mais l'art. 21 du nouveau C. fed. des obl. et les divers projets français sur la lésion dans le contrat de travail (Projet de la Société d'études législatives, art. 11 ; Projet Doumergue, art. 11 ; Contre-projet de la commission du travail de la Chambre des députés, art. 4), qui, comme le paragraphe 937 hongrois, sont visiblement inspirés du paragraphe 138 allemand, semblent faire une place plus grande à l'idée de vice du consentement, tout en continuant d'ordinaire à exiger chez le bénéficiaire de la lésion une volonté coupable. — Voy. sur ces questions la thèse de M. Fortier, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, Dijon, 1909 ; et le *Bulletin de la Société d'études législatives* de 1906, notamment l'importante lettre de M. Saleilles sur le contrat de travail. — Voy. aussi le rapport Chambon sur le contre-projet de la commission du travail (27 déc. 1907, *Doc. parlem.*, annexe n° 1409) ; P. Gerlier, *Des stipulations usuraires dans le contrat de travail*, thèse, 1907 ; J. Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, thèse. 1905 ; E. Périn, *De la lésion dans le contrat de travail*, thèse, 1908 ; P. Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, thèse, 1911, p. 147 s. ; A. Boissard, *Contrat de travail et salariat*, 1911, p. 251 s.

(1) Voy. la bibliographie indiquée au début de la précédente section. — *Adde* : J. Kohler, *Ueber den Willen im Privatrecht*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1889, p. 166 s. ; Ehrlich, *Das zwingende und nichtzwingende Recht im B. G. B.*, 1899, p. 33 s. ; Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 497 s. ; J. Gauguier, *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse, 1898 (dans un sens strictement classique) ; A. Tissier, *Déclaration de volonté*, dans *Revue bourguignonne*, 1903, t. I, p. 187 s. ; Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, et les divers ouvrages cités ci-après.

« L'interprétation des actes juridiques privés, disait un jour un jurisconsulte. c'est un sujet qu'il faut traiter en dix volumes ou en trois lignes (1). » A en juger par l'immense étendue de la bibliographie allemande (2), les dix volumes ne sont pas pour effrayer les juristes d'Outre-Rhin. Les Français se contentent plus volontiers de trois lignes. C'est que pour eux le problème est d'une simplicité extrême. Si on laisse de côté les mille petites difficultés de détail qui, pures questions de fait ou « d'espèce », ne seraient pas à leur place dans un traité de droit, trois lignes sont plus que suffisantes pour énoncer les principes ou plutôt l'unique principe de la matière : « L'interprète d'un acte juridique privé doit rechercher avec le plus de soin possible l'intention véritable de l'auteur ou des auteurs de cet acte, et s'y conformer (3). » C'est là, dit Demolombe (4), « la règle des règles ». Puisqu'en effet la volonté est dans l'acte juridique la source et la mesure du droit, c'est évidemment à elle seule qu'il faut s'adresser pour déterminer le droit (5).

Certains textes légaux pourraient, il est vrai, laisser croire que le législateur s'est fait du rôle de l'interprète une

(1) G. Dereux, *L'interprétation des actes juridiques privés*, th. 1905, p. 1.

(2) Voy. la *Déclaration de volonté* de M. Saleilles et la thèse précitée de M. Dereux.

(3) Dereux, *loc. cit.*

(4) Demolombe, t. XXV, n° 3, p. 4.

(5) V. par ex. Demolombe, t. XXV, n^{os} 1 et s., notamment n^{os} 3 et 23 ; Aubry et Rau, 5^{e} édit., t. IV, § 347 ; Huc, t. VII, p. 243 ; Capitant, *Introduction*, 1re édit , p. 301 ; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7^{e} éd., t. I, § 84, p. 231 ; Gauguier, thèse, p. 1 et suiv. — La grande règle d'interprétation se trouve exprimée dans ce texte du Digeste, qui résume toute la théorie classique de l'acte juridique : *Prior atque potentior est quam vox mens dicentis* (Dig., 33. 10. 7).

conception quelque peu différente. A lire, par exemple, nos articles 1134 alinéa 3, et 1135, il semblerait que le Code civil ait refusé, en matière de conventions, de reconnaître la volonté comme l'unique principe des effets de droit et qu'il ait érigé à côté d'elle, en sources juridiques autonomes, la loi, l'usage, l'équité et la bonne foi.

Mais ce n'est là, nous assure-t-on, qu'une simple apparence : le véritable sens de ces dispositions est tout autre. Ainsi, selon l'article 1134, alinéa 3, il faut avoir égard à la *bonne foi*. Qu'est-ce à dire ? C'est à-dire, tout simplement, qu'il faut s'en tenir à la volonté des parties. Car qu'est-ce que la bonne foi, sinon le respect de l'intention initiale qui a présidé à la formation de la convention (1) ? Pareillement, l article 1135 a beau déclarer que « les conventions obligent *non seulement* à ce qui y est exprimé, *mais encore* à toutes les suites que l'*équité*, l'*usage* ou la *loi* donnent à l'obligation d'après sa nature » ; « *en réalité, on doit voir là encore des effets résultant de l'intention tacite des parties* (2) » ; « la loi suppose, et avec raison, que telle est l'intention des par-

(1) Cf. Aubry et Rau, 5e édit., t. IV, p. 563 ; *Pandectes françaises*, Vo *Obligation*, no 7915 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, p. 319. — Voy. toutefois une conception plus large de la bonne foi exigée par l'art. 1134 dans Larombière, t. I, art. 1134, no 5 *in fine*.

(2) Boissonnade, *Projet de Code civil pour l'empire du Japon*, Exposé des motifs, Tokio, 1891, t. II, p. 156. Cette affirmation d'un jurisconsulte français est d'autant plus digne de remarque, qu'elle sert de commentaire à un texte qui était bien plus explicite que notre article 1135 : « Les conventions produisent *non seulement* les effets que les parties ont exprimés et *ceux qui étaient compris dans leur intention tacite*, *mais encore* ceux que l'équité, l'usage ou la loi y attachent d'après leur nature » (art. 329 du Livre des Biens). Devant une disposition aussi nette, on ne s'attendrait certes pas à voir invoquer le principe de la volonté !

ties contractantes (1) ». Equité, usage, loi : tout cela se trouve implicitement contenu dans le principe de la volonté.

A quel titre, en effet, la *loi* trouve-t-elle application ? A titre d'*interprétation* de la volonté des parties. A part quelques rares dispositions dites impératives ou prohibitives, dont il n'y a pas lieu de s'occuper ici, « la loi, dit Laurent, ne fait que prévoir ce que les parties ont voulu » (2). En traçant les règles des contrats usuels, son seul but est de dispenser les parties de les inscrire dans leurs actes. Les contractants restent maîtres de régler autrement les effets de leurs conventions. S'ils ne le font pas, c'est évidemment parce qu'ils considèrent la réglementation légale comme exprimant le mieux leurs intentions véritables. Appliquer la loi, ce n'est donc pas autre chose que sanctionner la volonté tacite des parties.

Même observation au sujet de l'*usage*. « La force de l'usage, disent MM. Lyon-Caen et Renault (3), dérive de la volonté présumée des parties. » Et cette opinion est partagée par tous les auteurs (4).

Quant à l'*équité*, ce vocable vénéré est un vocable bien vague, dont il faut se défier. Si, pour ne pas rompre trop

(1) Laurent, t. XVI, p. 244. — Cf. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, p. 320 : « Cet article (1135) suppose que les contractants se sont tacitement référés aux principes admis par la loi, l'usage ou l'équité. » — Cf. *Pand. franç.*, *Rép.*, V° *Obligations*, n^os^ 7921 s.

(2) Laurent, *ibid.*

(3) *Manuel de droit commercial*, 8^e^ édit., p. 12.

(4) On sait d'ailleurs que, d'une manière générale, notre doctrine classique s'est toujours montrée hostile à la reconnaissance de la coutume comme source véritable de droit objectif. Elle n'a jamais su attribuer à la coutume d'autre fondement que des volontés tacites. (Cf. *suprà*, chap. I, sect. II, 5). — V. Gény, *Méthode*, p. 30-32, et p. 276 s.

ouvertement avec de vieilles traditions, le législateur a continué à le faire figurer dans les règles sur les contrats, n'allons pas conclure de cette marque purement extérieure de respect à une consécration positive de l'équité comme source juridique indépendante. Il fut un temps où, dans l'interprétation des contrats, les juges faisaient appel à l'équité. Or on sait quelles protestations ils soulevèrent : « Dieu nous garde de l'équité des parlements ! » « Ce cri de la conscience publique, dit Laurent, révèle l'esprit de nos lois modernes (1). » Rien ne serait plus contraire à cet esprit que d'attribuer à l'équité une valeur juridique propre ; ce serait ouvrir de nouveau la voie à tous les errements du passé. En réalité, l'équité repose comme l'usage sur une présomption de volonté ; et le juge n'a le droit de l'invoquer que dans la mesure où les parties s'y sont tacitement référées (2).

(1) Laurent, t. XVI, p. 240. — Sur cette défiance de l'école classique à l'égard de l'équité, V. *supra*, chap. I, sect. I, 4 *in fine*, et sect. 2, § 2. Comme application, voy. entre autres décisions, dans le *Dalloz* (1876.1.193) un très inéquitable arrêt de la Cour de cassation (6 mars 1876), qu'approuve fortement une longue note de M. Giboulot, mais dont se seraient bien gardés nos anciens Parlements.

(2) Cette attitude des auteurs classiques à l'égard de l'équité reste naturellement la même, lorsqu'il s'agit, non plus simplement de l'interprétation des actes juridiques, mais de l'interprétation du droit en général. M. Gény constate chez eux une vraie répugnance à faire ouvertement intervenir les principes supérieurs d'équité pour combler les lacunes de la loi écrite. Alors même, dit-il, qu'on ne refuse pas de reconnaître à ces principes un certain rôle, « cette concession n'est faite qu'à regret, comme inévitable, et l'on cherche à en diminuer la portée, en se persuadant, plus ou moins sincèrement, que l'équité elle-même se rencontrera toujours, au moins en germe, et par voie d'induction, dans la loi elle même ». *Méthode*, p. 33. En d'autres termes, on estime que seule la volonté présumée des rédacteurs de la loi peut conférer à l'équité une valeur juridique (*ibid.*, p. 27). — Notons que le mot équité, qui se trouve employé maintes

A l'équité, le législateur aurait pu ajouter, sans plus ni moins d'utilité, cet autre grand mot vague : l'*intérêt général*. La présence de ce mot dans l'article 1135 suggérerait aux auteurs classiques les mêmes réflexions. Nous n'en voulons d'autre preuve que cette affirmation si caractéristique de M. Meynial : « A supposer qu'on puisse faire intervenir (dans l'interprétation du contrat) cet intérêt collectif, n'est-ce pas dans la volonté du contractant toute seule qu'on peut trouver la mesure où il tolère qu'on en tienne compte (1) ? »

Il n'y aurait donc pas grand inconvénient à rayer de notre Code l'article 1135. De fait, bien rares sont les jugements qui l'invoquent ; et si, par déférence pour le législateur, les auteurs ne croient pas pouvoir se dispenser d'en reproduire les termes, ils montrent bien, en s'abstenant de tout commentaire, qu'ils tiennent pour superflue cette disposition (2).

Ainsi donc, que reste-t-il pour déterminer les effets des actes juridiques ? La volonté, rien que la volonté. C'est sur la volonté que toute décision judiciaire doit se fonder. Seule « *la commune intention des parties* » peut donner à un jugement une frappe légitime. Sans doute, découvrir cette commune intention n'est pas toujours chose facile, surtout s'il s'agit de préciser des conséquences très lointaines d'une convention. Mais quelque obscure ou incertaine que paraisse, sur tel ou tel point en litige, la pensée des contractants, on ne saurait admettre qu'un juge « qui emploie sagacité et patience » s'avoue jamais impuissant à l'élucider (3). Un tel aveu équivaudrait à un déni de justice.

fois par le législateur (Ex. : art. 565, 1135, 1854), ne figure cependant ni dans le grand répertoire des *Pandectes françaises*, ni dans celui de Fuzier-Herman. Le Dalloz ne lui consacre que quelques lignes.

(1) Meynial, *Déclaration de volonté*, dans *Rev. trim.*, 1902, p. 571.

(2) V. par exemple Aubry et Rau, 5e édit., t. IV, p. 563 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 88.

(3) Duvergier, *Vente*, t. I, n° 242 ; — Cf. Demolombe, t. XXV, n° 24.

Quelques exemples : Entre un cocher de place et une Compagnie de transports est intervenu un contrat « à la moyenne ». La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail est-elle applicable ? Oui, si le contrat « à la moyenne » est un louage de services ; non, si c'est un louage de choses (le cocher louant la voiture de la Compagnie). Or, comment déterminer la nature juridique de la convention ? Par la « commune intention des parties » (1).

Dans les maisons qui ont un escalier de service, les locataires sont-ils tenus d'effectuer leur déménagement par cet escalier ou par l'escalier principal ? Recherchez, dit la Cour de cassation, ce que pensaient de cette question les parties au moment où elles signaient le bail ; et le litige sera tout résolu (2).

L'article 686 du Code civil prohibe toute servitude qui, au lieu d'être établie sur un fonds et au profit d'un fonds, serait imposée à une personne ou au profit d'une personne. Or, comment savoir si telle clause d'un acte de vente constitue une servitude réelle ou une servitude personnelle interdite par la loi ? En consultant la volonté des parties (3).

Lorsqu'une société a émis des obligations remboursables par voie de tirages au sort annuels suivant une proportion déterminée par un tableau d'amortissement inscrit au dos de chaque titre, conserve-t-elle le droit de se prévaloir de l'article 1187 du Code civil pour rembourser les obligataires

(1) Paris, 15 février 1902, *Gaz. Pal.*, 1902.1.701. — Voy. sur cet exemple, Dereux, *Interprétation des actes juridiques*, p. 6-7 et p. 447.

(2) Cass. req., 2 juillet 1901, *Gaz. Pal.*, 1901.2.194. « Attendu que le tribunal a donné à la convention une interprétation qui, fondée sur la destination apparente des lieux loués et *l'intention des parties*, échappe à la censure de la Cour de cassation ». Cf. Dereux, p. 120.

(3) Cass. req., 30 avril 1908, D.P. 1908.1.419.

avant l'époque fixée par ledit tableau ? Ici encore, recherchez, nous répète la Cour suprême, la commune intention des parties (1).

Or l'intention des parties est chose éminemment variable. Elle change avec les individus ; elle change avec les circonstances. Rien d'étonnant dès lors, si, au nom d'une recherche scrupuleuse de la volonté des parties, des clauses identiques sont différemment interprétées suivant les tribunaux ; si, par exemple, à Bordeaux (2), on autorise le remboursement anticipé des obligations amortissables, alors qu'on l'interdit à Paris (3) ; ou encore si, dans l'interprétation de la même clause d'une police, la Cour de Besançon (4) assimile l'augmentation d'assurance à une assurance nouvelle, tandis que la Cour de Paris (5) se refuse à faire cette assimilation.

Si, choqué cependant de ces désaccords, vous priez la Cour de cassation de les faire cesser par une intervention opportune : « Je m'en garderais bien, vous répondra-t-elle. De quoi s'agit-il, en effet ? De savoir ce que dans chaque cas les parties ont voulu. Or c'est là au premier chef une question de fait, non une question de droit. Je dois donc m'abstenir (6). D'ailleurs, si les jugements dont on parle sont

(1) Cass , 21 avril 1896, S. 97.1.481. — Voy. d'autres décisions intéressantes dans *Pand. franç.*, *Répertoire*, V° *Obligation*, n°s 8125 et suiv., ou encore dans la thèse de M. Dereux, à laquelle nous avons emprunté les deux premiers exemples cités au texte.

(2) Bordeaux, 21 août 1877, sous Cass., S. 80.1.109.

(3) Paris, 28 novembre 1895, sous Cass., S. 97.1.481.

(4) S. 88.1.157.

(5) S. 80.1.272. — Ces contrariétés de décisions, approuvées par la Cour de cassation, sont particulièrement fréquentes en matière d'assurances.

(6) C'est là, notons-le dès à présent, un des principaux intérêts pratiques des controverses relatives à l'interprétation des actes juridiques.

différents, c'est que différents étaient sans doute les faits à juger. L'assimilation de l'augmentation d'assurance à une assurance nouvelle avait assurément été voulue par les contractants de Besançon ; elle ne l'avait pas été par ceux de Paris. C'est ce qu'ont souverainement constaté les juges du fait. Au lieu de vous scandaliser d'une apparente contrariété de jugements, admirez plutôt jusqu'où va le respect des tribunaux pour la volonté individuelle. Jamais ils n'imposent aux parties une obligation quelconque, sans l'appuyer sur leur commune intention ; si bien qu'en matière d'actes juridiques le vieil adage se révèle absolument vrai : nul n'est obligé sans l'avoir voulu. »

§ 2. — Critique de la théorie classique.

Nul n'est obligé sans l'avoir voulu ! Dans cet axiome de l'individualisme classique se résume en effet tout le système d'interprétation que nous venons d'exposer. La volonté, source unique du droit ; l'ordre juridique, simple mécanisme au service des vouloirs individuels : c'est la pure doctrine de l'autonomie.

Nous avons présenté dans la section précédente, sur la conception individualiste de l'acte juridique, quelques considérations générales qui sans doute ne seraient pas déplacées ici. Plutôt que de nous exposer à d'inutiles redites, nous y renvoyons purement et simplement le lecteur. Dans le présent paragraphe, nous nous contenterons de reprendre une à une les principales affirmations de la théorie classique de l'interprétation, pour les confronter, conformément à la méthode suivie jusqu'ici, avec les réalités juridiques examinées en dehors de toute fiction.

A. — *Critique de l'explication traditionnelle des articles* 1134-3° *et* 1135.

I. — Quelques remarques d'abord sur le rôle attribué à la loi dans la détermination des effets des actes juridiques.

Ce n'est pas la première fois (cf. *supra*, chap. II) que nous rencontrons cette tendance classique des juristes à considérer le législateur — hormis le cas exceptionnel où il s'agit de dispositions proprement impératives — comme un simple interprète des volontés individuelles, et à faire reposer l'application de la loi sur des intentions tacites. Nous avons vivement critiqué cette manière de voir en matière de communauté légale et de succession *ab intestat*. Ici son inexactitude n'est pas moindre ; et sa conservation par les juristes serait pour nous inexplicable, si nous ne connaissions leur traditionnelle inclination à mettre sur le même rang la réalité et la fiction.

L'argument invoqué est toujours le même : la loi dont parle l'article 1135 n'est pas impérative ; on peut y « déroger ». Si donc en fait on n'y déroge pas, c'est qu'on l'adopte, c'est qu'on l'incorpore à la convention ; et alors il devient vrai de dire qu'elle ne s'applique pas comme loi, mais comme élément de la volonté des parties. Elle équivaut à une « déclaration » de leur volonté interne.

Ce raisonnement a contre lui l'expérience de tous les jours (1) ; cela suffit amplement pour nous le faire rejeter.

(1) Voyez aussi contre ce raisonnement un argument original dans O. Bülow, *Das Geständnissrecht*, p. 149. — Voy. également, du même auteur, contre la conception classique des lois auxquelles on peut « déroger », et, d'une manière générale, contre l'influence pernicieuse du *Willensdogma* dans la théorie des lois « dispositives » ou « interprétatives » : *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, dans *Archiv für die civil. Praxis*, t. 64, 1881, p. 1 s.

De fait, neuf fois sur dix, les contractants ignorent l'ensemble des lois interprétatives que le juge, à l'occasion, devra leur appliquer. Comment pourraient-ils les *vouloir*, même tacitement ? Comment prétendre que c'est dans leur volonté que ces lois puisent toute leur force (1) ? *Nil volitum, nisi praecognitum*, disent les philosophes. Et, même parmi ceux qui connaissent parfaitement le droit, combien en est-il qui en contractant songent à toutes les conséquences, directes ou indirectes, que la loi attache à leur acte, et les *veulent* toutes ?

Non ; ne pas déroger à la loi, ce n'est pas *adopter* la loi et se l'approprier ; c'est *abdiquer* devant la loi ; c'est lui faire crédit ; c'est se placer sous la protection du droit. Quand je contracte, je cherche à déterminer avec précision les conditions essentielles de la convention, celles tout au moins sur lesquelles mon attention a cru bon de se porter. Pour le surplus, je m'abandonne à l'empire de la loi. Je m'en remets à elle du soin de trancher toutes les difficultés non prévues, certain qu'elle mérite cette confiance et que, si l'occasion se présente, elle saura les résoudre de la manière la plus équitable (2). Telle est la psychologie réelle des contractants (3). Ces notions d'*abdication* devant la

(1) D'ailleurs, les lois « interprétatives » changent assez fréquemment. Peut-on dire que la volonté tacite des parties change toujours exactement comme elles ?

(2) Cf. l'attitude du législateur qui, de nos jours surtout, s'en remet bien souvent à la jurisprudence du soin de combler les lacunes des lois qu'il édicte et de trancher les difficultés non prévues. V. Gény, *Méthode*. p. 93.

(3) C'est de toute évidence lorsqu'il s'agit de contrats rédigés par des tiers. Ex. : bail, police d'assurance, acte notarié. L'individu qui a à signer de pareils actes y voit une foule de termes techniques dont il ignore le sens précis et de nombreuses clauses dont il ne comprend pas la véritable portée ; il sent plus ou moins confusément

loi et de *confiance* dans le droit nous paraissent l'exprimer beaucoup mieux que l'idée traditionnelle de *volonté tacite*.

D'ailleurs, n'y a-t-il pas une très large part de fiction à affirmer qu'il est toujours loisible de déroger aux lois « interprétatives » ? La vérité est que cette prétendue possibilité de dérogation n'est le plus souvent qu'un leurre (1). Et celui qui, avant de contracter, voudrait examiner par lui-même toutes les conséquences, même les plus lointaines, de son acte et passer en revue toutes les lois interprétatives pour déterminer s'il doit les adopter ou y déroger, celui-là

qu'un jour ou l'autre des difficultés pourront surgir dont la solution lui échappe. Il signe cependant, parce qu'il a *confiance* dans le droit et dans ses deux organes : la loi et le juge. Conséquence pratique : Nous dirons plus loin qu'à notre avis les clauses imprimées, dans les contrats d'adhésion, sont de même nature juridique que les « lois interprétatives ». En signant une police (le plus souvent sans lire ces clauses imprimées et presque toujours sans les comprendre), on leur fait crédit, on leur donne sa confiance, parce qu'on est persuadé qu'elles ne contiennent rien d'inéquitable, rien qui puisse modifier sensiblement la portée apparente des clauses manuscrites (les seules auxquelles on prête son attention). Or, s'il est vrai que dans l'interprétation des actes juridiques le juge doit avant tout tenir compte de l'état d'âme de leurs auteurs, ne serait-il pas bien souvent plus logique, au lieu d'appliquer *strictement* toutes les clauses des polices sous l'illusoire prétexte qu'elles ont toutes été voulues, de les corriger et de les adapter aux exigences de l'équité, lorsque manifestement elles trompent la *confiance* que les parties ont eue en elles ? On aboutirait ainsi à peu près au système d'interprétation proposé par M. Dereux (thèse, p. 152 s., et *Rev. trim.*, 1910, p. 503 s.).

(1) Toutefois, les clauses dérogatoires sont fréquentes dans les contrats préparés et rédigés par des tiers, notamment par les notaires, qui arrivent aisément à ôter tout effet à une foule de dispositions légales, parfois fort utiles. Mais il ne faut pas se dissimuler le véritable sens de ces clauses : le plus souvent leur but n'est pas de mieux exprimer que la loi la « *commune* intention des parties », mais de favoriser davantage les intérêts particuliers de celui des deux contractants, qui est le principal client de l'étude.

risquerait fort de ne jamais contracter ; en tout cas, incapable de s'adapter aux conditions actuelles de la vie juridique, il serait inévitablement parmi les vaincus dans l'universelle lutte pour l'existence. Nous sommes loin, en effet, dans la réalité de ce vieux type de contrat, que supposent toujours les juristes, où deux *patresfamilias*, avant d'acheter un champ ou une maison, passent des semaines ou des mois à préparer leur accord et à en prévoir toutes les conséquences. Assurément, dans de tels contrats, la dérogation aux lois se concevrait aisément. Il n'en est plus de même dans les opérations de la vie commerciale contemporaine. Le « débordement du commerce juridique » a engendré une telle multiplication des conventions humaines, la conclusion des contrats exige aujourd'hui une telle rapidité, les procédés qu'elle emploie (télégraphe, téléphone) sont si manifestement incompatibles avec une discussion détaillée, qu'il devient pratiquement impossible aussi bien de *vouloir* effectivement les multiples lois interprétatives que d'y *déroger* ; ou du moins la dérogation ne peut plus s'exercer que dans d'étroites limites. De plus en plus, il faut, pour triompher dans la lutte commerciale, agir beaucoup et vite ; et, pour cela, il est de toute nécessité d'avoir *confiance* dans le droit, et de s'en rapporter à lui quant aux conséquences juridiques à tirer d'un rapport de droit une fois créé. Les contrats commerciaux se rapprochent ainsi, par certains côtés, des actes d'adhésion : les parties ne déterminent elles-mêmes que les deux ou trois éléments essentiels de leur accord ; pour le surplus, elles *adhèrent* en bloc, sans possibilité véritable de dérogation, à tout un droit objectif préexistant (1).

(1) Comp. les très justes réflexions de M. Durkheim, dans *Division du travail social*, 2e éd., 1902, p. 189 s.

Vainement objecte-t-on, pour sauver la notion classique de la loi interprétative, qu'à défaut de véritable volonté *tacite*, il y a tout au moins volonté *présumée* : la loi ne correspondrait plus forcément à une volonté réelle, les parties n'ayant pas le plus souvent prévu l'hypothèse qu'elle vise ; mais elle exprimerait la volonté que les contractants auraient eue s'ils avaient pensé à cette hypothèse. Pareille conception ne nous paraît pas défendable. Qu'aurais-je voulu si j'avais prévu une difficulté que je n'ai pas prévue? Je l'ignore moi-même. Comment le législateur le saurait-il mieux que moi? A la vérité, ma volonté eût sans doute varié avec les circonstances, particulièrement avec la confiance que m'aurait inspirée mon cocontractant. Conforme à la présomption légale dans mon contrat avec Z., peut-être ne l'eût-elle plus été dans mon contrat avec Y... S'il est vrai que l'homme est « un sujet merveilleusement ondoyant et divers », et qu'il ne se rencontre peut-être jamais deux états psychologiques concrets rigoureusement identiques, comment la règle générale et uniforme de la loi pourrait-elle, dans chaque cas particulier, traduire exactement la volonté présumée des parties? « Exister, c'est différer » (1), a dit un sociologue ; c'est différer des autres, c'est dans une certaine mesure différer de soi-même. Nous ne sommes jamais parfaitement identiques à nous-mêmes ; comment le serions-nous toujours au type abstrait que suppose la loi?

(1) Tarde, *Les transformations du droit*, p. 144 ; Bierling (cité par Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, p. 147) affirme, il est vrai, que sans le postulat de l'identité foncière des esprits humains aucune véritable science du droit ne serait possible. Nous le croyons aussi. Tout dépend du point de vue auquel on se place.

Au reste, s'il ne s'agit vraiment que d'interpréter la volonté concrète des parties, et si c'est elle qu'il faut prendre pour base unique des déductions juridiques, une conclusion s'impose, croyons-nous, inéluctable : c'est que le législateur fait fausse route en édictant des lois interprétatives (1) ; c'est au juge seul qu'il devrait abandonner toute l'interprétation des actes juridiques. Seul, le juge serait à même de pénétrer, dans chaque cas particulier, la psychologie subjective des parties ; bien mieux que le plus perspicace et le plus prévoyant des législateurs (2), il saurait découvrir, dans la mesure du moins où la chose est possible, leurs véritables intentions tacites et leurs volontés inexprimées.

Aussi nous paraissent-ils parfaitement logiques ces juristes qui, dans les matières de droit international privé, s'opposent à toute fixation par le législateur de présomptions générales de volonté, afin de laisser le juge s'inspirer uniquement, dans chaque « espèce », du principe d'autonomie (3) (v. gr. quand il s'agit de déterminer le régime

(1) Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 204-205. « Il n'y a pas d'interprétation légale de la volonté des parties. Dire que la loi interprète par avance une déclaration de volonté est un pur non-sens, ou, tout au moins, une fiction qui ne se défend plus. Il n'y a pas d'interprétation abstraite d'un fait concret. »

(2) Cf. Ehrlich, *Das zwingende und nichtzwingende Recht im B.G.B.*, p. 41. — Rappr. Laurent (*Principes de droit civil*, t. XV, p. 543), qui d'ailleurs se place à un tout autre point de vue : « Comment décider *à priori* quelle sera dans les diverses circonstances la volonté des parties intéressées ? Abandonnons au juge le soin de décider les questions de fait, il le fera mieux que le plus subtil des théoriciens. » — *Adde* : Gauguier, *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse de Paris, 1898, p. 264 s., notamment p. 303.

(3) Cf. le contre-projet Roguin (1904) sur les conflits de lois en matière d'obligations (art. 5), discuté à la XXIVe session de l'Institut de droit international (Florence, sept.-oct. 1908). V. *Rev. de dr. intern. pr.*, 1909, p. 357.

matrimonial d'époux mariés sans contrat). Mais précisément, cette conception perd de plus en plus du terrain, et il ne semble pas que la vie juridique contemporaine s'en accommode aisément (1). Toutes les législations récentes l'abandonnent et s'attachent, au contraire, à imposer au juge par des règles dispositives précises des directions fermes et nettes. N'est-ce pas une preuve que la recherche de la volonté subjective ne constitue pas toute l'interprétation juridique et que derrière certaines « volontés présumées » se cache tout autre chose que des volontés ?

En réalité, quand le législateur réglemente la vente, le louage, le prêt et les autres types d'opérations juridiques qui lui paraissent devoir jouer un rôle dans la vie sociale, il s'inspire, non pas de la psychologie individuelle des parties considérées *in concreto* — elle est pour lui imprévisible et impénétrable, — mais du but objectif normal de ces diverses opérations. L'acte juridique, nous l'avons dit et redit, n'est pas l'œuvre de volontés s'exerçant à vide ; c'est un moyen en vue d'atteindre socialement un but légitime. Interpréter législativement un contrat, c'est rechercher ce que requiert le but normal de ce contrat, envisagé à travers les exigences de la justice et de l'intérêt général. Assurément, on peut, même de ce point de vue, parler encore de volonté, car volonté et but sont deux termes qui s'impliquent ; mais remarquons qu'il ne s'agit plus de la volonté réelle d'êtres déterminés, en chair et en os, mais d'une volonté tout abstraite, entièrement dégagée de ce qu'ont forcément de subjectif et de variable les volontés concrètes des parties. Le législateur a pour ainsi dire devant les yeux un homme idéal, répondant à ce que la conscience com-

(1) Cf. *infra*, chap. VI, sect. II.

mune considère comme le type de l'homme d'affaires intelligent, probe et loyal ; et il recherche ce que voudrait ou devrait vouloir cet être idéal pour produire par les manifestations de son activité juridique le maximum d'effets utiles et justes. C'est la volonté abstraite de ce représentant normal de l'humanité que la loi interprétative consacre ; c'est elle qu'elle impose uniformément, sauf dérogation, à tous les contractants particuliers ; et c'est au fond cette volonté qu'à travers la volonté subjective de ceux-ci, le juge respecte et sanctionne (1).

La loi interprétative se manifeste ainsi à nous bien plutôt comme une partie du *droit objectif* que comme un élément de la volonté individuelle des parties. Elle s'applique *tanquam lex publica*, non *tanquam lex privata et conventionalis a contrahentibus volita, inducta et disposita* (2). Le législateur est l'organe du bien commun, non le simple délégué des volontés privées.

Il n'y a donc pas, entre la loi impérative ou d'ordre public et la loi interprétative, la radicale différence de fondement que traditionnellement on affirme. Comme l'a excellemment montré M. de Vareilles Sommières (3), « toutes les lois intéressent l'ordre public ». Impérative ou interprétative, la loi est toujours au fond de même nature : c'est toujours une réglementation d'intérêts faite au nom du bien général. Cette réglementation s'impose, il est vrai, aux intéressés avec une intensité variable : parfois, telle est l'autorité de la loi, que les volontés privées sont radicale-

(1) Rappr., à certains égards, E. Lévy, *Rev. trim.*, 1903, p. 102.

(2) Expressions de Dumoulin, citées dans Troplong, *Contrat de mariage*, 3e édit., t. I, p. 37.

(3) De Vareilles-Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899.

ment impuissantes à se réaliser à l'encontre de ses dispositions ; dans d'autres cas, au contraire, le législateur n'attachant qu'une importance moindre à la réglementation instituée par lui, celle-ci peut être suppléée efficacement par une réglementation différente, d'origine conventionnelle. Mais, pas plus dans l'une que dans l'autre hypothèse, la loi ne prétend traduire la volonté vraie des parties : elle « marque l'orientation qui est la plus conforme à la conscience juridique de la collectivité » et « aux exigences de l'équité et de la justice sociale » (1).

Toutefois certaines distinctions, ou même certaines réserves, pourraient être ici opportunes ; et, tout en maintenant en principe que la loi n'est jamais, à strictement parler, une simple interprétation de la volonté concrète des parties, peut-être serait-il bon de conserver, comme l'ont fait les Allemands, l'expression de loi interprétative, à la condition d'en préciser le sens et d'en restreindre la portée.

On sait (2) qu'à la différence des juristes français, les jurisconsultes allemands ne se contentent pas d'opposer en bloc aux lois d'ordre public les lois non impératives, mais que parmi ces dernières ils distinguent d'ordinaire deux groupes assez nettement tranchés. Ils ont en effet remarqué que les diverses règles susceptibles d'être tenues en échec par les volontés individuelles présentent, quant à leur force de résistance contre ces volontés, des divergences notables :

(1) Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 51.

(2) C'est M. Saleilles qui a fait connaître au public français les théories allemandes auxquelles nous faisons allusion Voy. de cet auteur, *Décl. de vol.*, 1901, p. 196 s ; *Introduction*. 1904, p. 45 s. - Cf. Ehrlich, *Das zwingende und nichtzwingende Recht im B. G. B.*, 1899, p. 33 s. ; Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 501 ; A. Tissier, *Revue Bourguignonne*, 1903, I, p. 188-190.

tandis que les unes ne cèdent que devant une clause contraire bien spéciale et bien manifeste, il suffit, pour que les autres soient écartées, que l'intention des parties, telle qu'elle se dégage directement ou indirectement de l'ensemble des éléments de la cause, ne paraisse pas normalement en comporter l'application. Lors donc qu'il s'agit d'une disposition de cette dernière catégorie, le juge a pour mission de rechercher d'abord la volonté des contractants dans toutes les circonstances, quelles qu'elles soient, qui pourraient la lui révéler ; ce n'est qu'à défaut de tout indice sérieux de volonté contraire qu'il fait intervenir la disposition légale. Les lois de ce groupe semblent ainsi coïncider toujours, autant que faire se peut, avec la volonté vraie des parties, ou du moins ne jamais lui être directement contraires. Aussi, tout en refusant de les réduire à de simples présomptions de volonté (1), les juristes allemands les désignent-ils sous le nom de *lois interprétatives*, tandis qu'ils réservent pour les autres règles légales, beaucoup plus indépendantes de la volonté réelle des parties, le vocable de *lois dispositives*.

Il est vrai que, quand il s'agit de déterminer avec précision la nature propre de ces deux catégories de lois et de déduire des principes posés les conséquences pratiques qu'ils entraînent, les jurisconsultes d'Outre-Rhin sont loin de nous donner le spectacle d'un parfait accord : en sorte que, malgré le très appréciable appoint que la terminologie si précise du Code civil allemand fournit à cette théorie (2),

(1) V. Saleilles, *Introduction*, p. 49 s. « Il s'agit de règles dispositives comme les autres, mais à un degré moindre, en ce sens que le juge a, vis-à-vis d'elles, des pouvoirs d'exclusion et par suite un pouvoir d'appréciation plus étendu. »

(2) Le B. G. B. se sert d'expressions bien distinctes pour désigner les deux catégories de lois. S'agit-il d'une règle *interprétative* ? il dé-

celle-ci ne se présente pas toujours avec toute la clarté et la netteté qui se pourraient désirer. Les subtilités auxquelles elle aboutit ne laissent pas de déconcerter quelque peu les esprits français.

Mais quoi qu'il en soit des controverses allemandes nées de cette distinction, il nous semble, — et c'est là seulement que nous voulions en venir, — qu'il y aurait chez nous quelque chose d'utile à tenter dans le même sens, et que, si l'on consentait enfin à ne plus considérer uniformément et pêle-mêle toutes les règles non impératives comme des « présomptions de volonté », on trouverait aisément dans notre Code civil, et surtout dans la manière dont la jurisprudence l'applique, les éléments d'une distinction analogue.

Il est manifeste, en effet, que, pas plus dans notre droit que dans le droit allemand, les multiples dispositions non impératives n'offrent toutes, par rapport à la volonté privée, la même autorité juridique (1). Ainsi, quand le législateur déclare (art. 1187, C. civ.) que « le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, *ou des circonstances*, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier », la règle qu'il édicte, telle surtout que l'interprètent les tribunaux, est évidemment au dernier degré de la force impérative. Pas n'est besoin pour l'écarter d'une volonté spéciale et formelle des parties : il suffit d'une intention virtuelle ou implicite, dont elles n'ont peut-être pas eu positivement conscience, mais que le juge croit pouvoir induire de l'ensemble des éléments de leur

clare qu'elle s'applique « dans le doute » ou « s'il y a doute ». La loi *dispositive*, au contraire, s'applique « à moins qu'il n'en ait été décidé autrement » ou « à moins de dispositions contraires ». Sur la portée de ces formules, voy. Saleilles, *Introduction*, p. 48 s.

(1) Cf. Gény, *Méthode*, p. 526, n. 1.

convention. Aussi voit-on les tribunaux s'exprimer en ces termes : « Attendu que le législateur charge les tribunaux de rechercher dans chaque espèce quelle a été la commune intention des parties, et de ne tenir le terme pour stipulé en faveur du seul débiteur qu'à défaut de toutes indications résultant soit des termes mêmes du contrat, soit de tout autre élément de fait qui puisse en préciser le sens et la portée ; que, dans cette appréciation, le juge doit tenir compte tout aussi bien de la nature du contrat et du but dans lequel il a été formé que de toutes circonstances qui sont de nature à l'éclairer (1). »

Mais il existe, à côté de l'article 1187 et des dispositions analogues, de nombreuses règles légales qui, pour n'être pas davantage « d'ordre public » au sens classique de ce terme, s'imposent cependant aux parties et au juge avec une énergie tout autre. Citons au hasard les articles 1202-1°, 1250-1°, 1276, 1439, 1440, 1552, 1907, 2015 du Code civil, on encore l'article 34-2° du Code de commerce. Nous serions bien en peine de découvrir, dans les décisions relatives à ces textes, un langage comme celui que nous venons de relever. Ici la règle légale ne cède que devant une volonté d'exclusion certaine et précise. Pour qu'elle cesse de s'appliquer, il faut que les parties, après avoir effectivement porté leur attention sur le point prévu par le législateur, aient positivement rejeté la disposition de la loi et lui en aient substitué une autre, soit en termes *exprès* (2), soit tout au moins d'une manière assez évidente pour qu'il ne subsiste aucun

(1) Seine, 18 juillet 1895, dans *Sirey*, 97.1.481.

(2) Dans bien des cas, le législateur semble avoir désiré des clauses *expresses*, au sens restreint du mot ; mais la jurisprudence se contente d'ordinaire de clauses *tacites*, pourvu qu'elles soient certaines et précises.

doute sur la *réalité* et la *spécialité* de leur volonté. Alors même que les circonstances de la cause et le but poursuivi permettraient de supposer avec quelque vraisemblance que, quoique n'ayant pas prévu en fait la question, les parties eussent, le cas échéant, rejeté la disposition légale, le juge ne serait pas pour cela autorisé à en écarter l'application (1). S'il se contentait de semblables présomptions, il violerait incontestablement et l'esprit et la lettre de la loi (2).

Ces brèves indications suffisent à montrer l'existence dans notre droit de la distinction proposée et à en faire pressentir l'importance (3). Nous laissons à d'autres le soin d'examiner une à une, de ce point de vue, les diverses règles légales, et de dégager de cet examen les matériaux d'une construction d'ensemble. Nous sommes persuadé qu'en dépit de certaines difficultés tenant à l'incohérence actuelle de la jurisprudence, on aboutirait, en travaillant dans ce sens, à préciser et à compléter très heureusement notre théorie de l'interprétation des actes juridiques, et qu'on fournirait aux tribunaux quelques directions générales, qui, sans gêner leur pouvoir d'appréciation, leur permettraient de procéder à l'avenir avec plus d'ordre et de méthode.

II. — Après la loi, l'article 1135 mentionne l'*usage* (4),

(1) Cela prouve surabondamment, remarquons-le une fois de plus, que l'application de ces dispositions est loin d'avoir son fondement unique dans la volonté, réelle ou présumée, des parties.

(2) Rappr. de tout ce passage ce que dit de la théorie allemande M. Saleilles dans *Déclaration de volonté*, art. 133, nos 10, 34, 35.

(3) Cette importance se manifesterait peut-être tout spécialement en matière d'actes solennels. — Cf. Ehrlich, *op. cit.*, p. 262, et Saleilles, *Décl. de vol.*, sur le § 133, nos 13 et 30.

(4) Voy Gény, *Méthode*, p. 366 s. (très riche bibliographie), et Saleilles, *Introduction*, p. 70 s. — *Adde* : Perreau, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé*, *Rev. trim.*, 1911, p. 275 s. ;

et nous avons vu que, dans la théorie classique, la valeur juridique de l'usage est expliquée, comme celle de la loi, par des volontés tacites. Assurément, pour certaines catégories d'usages cette conception est exacte. Il existe en effet des *usages conventionnels*, qui ne reposent que sur la tacite adhésion des intéressés, et que le juge ne doit appliquer que si les circonstances de l'espèce l'autorisent à interpréter en ce sens la volonté subjective des parties. Mais pour peu que l'usage acquière une généralité et une fixité suffisantes, on ne tarde pas à le supposer *à priori* toujours connu et admis des contractants, et par suite à le leur *imposer*, quelle qu'ait été en fait leur volonté réelle. Dès lors, l'explication traditionnelle ne suffit plus : l'usage conventionnel tend à devenir coutume juridique ; il sort de la catégorie des clauses volontaires tacites pour s'élever au rang des véritables normes de droit objectif (1). Tout ce qui a été dit précédemment de la loi et des divers degrés de son énergie coactive pourrait être textuellement répété ici (2). Et facilement on découvrirait dans notre droit, à côté des usages proprement conventionnels : 1° des coutumes *interprétatives*, au sens que les Allemands donnent à ce mot (Ex. : la plupart des usages généraux du commerce) ; 2° des coutumes *dispositives*, dont bien plus intense est la force juridique (Ex. : les usages auxquels renvoie l'art. 1736, C.

J. Kohler, *Ueber den Willen im Privatrecht*, dans *Jahrb. für die Dogmatik*, 1889, p. 209 s.

(1) L'usage juridique est semblable à la mode. Chez ceux qui « donnent le ton » et chez leurs premiers imitateurs, l'adoption de ce qui est ou sera la mode résulte d'un acte libre de volonté. Mais un jour vient où, par sa généralité et par sa persistance, la mode s'impose avec une force telle que pratiquement, qu'on le veuille ou non, on ne peut plus s'y soustraire.

(2) Cf. Saleilles, *Introduction*, p. 84.

civ.) (1) ; 3° enfin, des coutumes proprement *impératives*, s'imposant aux parties avec une autorité absolue, et dont la seule existence constitue évidemment pour la théorie classique la plus insurmontable des objections (2) (Ex. : la coutume qui, avant la loi du 17 mars 1909, obligeait à Paris et dans certaines autres places l'acheteur d'un fonds de commerce à publier son acquisition, pour faciliter les oppositions de la part des créanciers du vendeur).

III. — Quant à l'*équité* et à la *bonne foi*, il nous paraît si puéril et si contraire au sens commun moral de fonder leur valeur juridique subsidiaire uniquement sur des intentions tacites, que vraiment nous croyons inutile de réfuter en détail pareille conception. Qu'au nom du respect de la volonté on interdise aux juges de *modifier*, sous prétexte d'équité, des clauses librement consenties, cela se comprend aisément ; bien qu'à notre avis on soit allé beaucoup trop loin dans cette voie et qu'on ait conçu d'une manière trop rigide la règle que « les conventions tiennent lieu de

(1) Voyez par exemple comment s'exprime, au sujet de cet article, la Cour de cassation (Civ., 28 juillet 1908, D. P. 1908.1.461) : « La durée d'un bail verbal, quel qu'en soit le prix, qu'il y ait ou non un commencement de preuve par écrit, ne peut se prouver ni par témoins, ni par présomptions ; l'usage des lieux seul doit servir à déterminer cette durée, et, par suite, le délai dans lequel le congé peut être utilement donné. Et par *usage des lieux* il faut entendre, indépendamment des coutumes générales qui, dans un lieu déterminé, *s'imposent* à tous les habitants, les usages spéciaux créés en vue de certaines catégories de personnes... etc. » Cela n'empêche pas l'annotateur de l'arrêt de déclarer que l'usage équivaut « à une convention tacitement conclue entre les parties » !

(2) Il est vrai que certains auteurs, au nom précisément des principes classiques, ont repoussé toute coutume impérative et ont nié le caractère impératif de la règle citée au texte comme exemple. — Mais voy. la réfutation de cette opinion dans Gény, *Méthode*, p. 368, n. 4.

loi » (1). Mais que dans les cas, si rares soient-ils, où l'on reconnaît à l'équité un rôle, on justifie ce rôle par la volonté et qu'on prétende ne respecter à travers l'équité que la volonté même, c'est là, en vérité, pousser un peu loin la superstition du Willensdogma et l'amour de la fiction ! Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point, quand nous nous occuperons du rôle du juge dans l'interprétation des actes juridiques. Disons simplement ici que, pour quiconque étudie de près les recueils d'arrêts, il est de toute évidence que, quand le juge fait appel à l'équité, il s'agit précisément de régler des modalités du contrat que les parties n'ont pas prévues (2) ou même n'ont pas pu pré-

(1) Cf. les art. 1152 et 1243, C. civ. ; Laurent, t. XVI, n° 178 ; *Pandectes françaises*, *Rép.*, V° Obligations, n^os^ 7892 s. ; Cass.,20 déc. 1852, S. 53.1.101 ; 12 décembre 1853, S. 54.1.333 ; 14 février 1866, D. 66.1.84 ; 6 mars 1876, D. 76.1.193 et la note de M. Giboulot ; 11 mai 1886, D. 87. 1.30 ; 6 juin 1910, *Gaz. Pal.*, 18 juin 1910 ; 5 novembre 1906, *Pand. françaises*, 1907.5.18 ; Seine, 3 novembre 1905, *La Loi*, 31 mai 1905 ; Seine. 23 février 1907, *Gaz. Trib.*, 24 février 1907 (affaire Crocker-Doyen). Dans d'autres cas cependant, notre jurisprudence s'est fort heureusement inspirée de considérations d'équité, pour tempérer l'application trop brutale de la règle 1134. Il est vrai qu'elle ne l'a pas toujours fait ouvertement et que, même alors, elle a prétendu parfois se fonder sur une « commune intention des parties ». Mais cette commune intention était purement fictive. Citons au hasard, comme manifestation de cette tendance : Cass., 31 janvier 1887, S. 87.1.420 ; 11 mars 1890, D. 90.1.356 ; 4 mai 1905, D. 1906.1.359 ; 29 octobre 1901, S. 1905.1.27 ; Trib. paix de Mazamet, 3 janvier 1899, *Gaz. Trib.*, 1901, I, V° Louage d'ouvrage, n° 11 ; Trib. paix de Lyon, 5 juillet 1910, *Gaz. Trib.*, 1910.2.2.209. Pour ce qui concerne spécialement les contrats d'assurance, voy. la double série d'arrêts rapportés dans Fortier, *Pouvoirs du juge* (th. de Dijon, 1909), p. 31 s., les uns appliquant très rigoureusement les clauses des polices, les autres s'efforçant de les concilier avec les exigences de l'équité.

(2) « L'équità qui e indicata come norma per regolare le modalità dell'esecuzione delle convenzioni *in quanto non sieno state disciplinate*

The Center for Research Libraries scans to provide digital delivery of its holdings. In some cases problems with the quality of the original document or microfilm reproduction may result in a lower quality scan, but it will be legible. In some cases pages may be damaged or missing. Files include OCR (machine searchable text) when the quality of the scan and the language or format of the text allows.

If preferred, you may request a loan by contacting Center for Research Libraries through your Interlibrary Loan Office.

Rights and usage

Materials digitized by the Center for Research Libraries are intended for the personal educational and research use of students, scholars, and other researchers of the CRL member community. Copyrighted images and texts are not to be reproduced, displayed, distributed, broadcast, or downloaded for other purposes without the expressed, written permission of the copyright owner.

© Center for Research Libraries
Scan Date: June 30, 2010
Identifier: d-g-000142-f3

voir (1). Dès lors, quoi de plus chimérique que toutes ces prétendues volontés tacites? Au reste, si vraiment l'équité est par elle-même sans valeur juridique propre et par conséquent impuissante à servir de base valable à un jugement, pense-t-on sérieusement que la supposition d'une volonté absente puisse fournir aux décisions du juge un fondement plus solide?

Et que dire de la tentative de réduction de la *bonne foi* (art. 1134, al. 3) au principe d'autonomie? Ce serait donc simplement parce que je le veux que je suis soumis, quand je contracte, aux exigences de la loyauté? En sorte que si je prouvais que tout autre est mon intention, je pourrais impunément être de mauvaise foi? Qui donc oserait le soutenir? Dans bien des cas sans doute, notamment lorsqu'il s'agit d'actes unilatéraux, l'interprétation selon la bonne foi consiste à faire prédominer l'esprit sur la lettre et donc à se rapprocher le plus possible de la volonté réelle de l'auteur de l'acte. Mais très fréquemment aussi, principalement en matière de contrats proprement dits (2), bien différente est

dal contratto » (Cass. Turin, 24 février 1888, *Giur. ital.*, 88.1.1.278) (Il s'agit de l'article 1124 du Code civil italien qui correspond à notre article 1135).

(1) Aussi est-ce surtout dans les contrats à longue durée et à caractère successif qu'il y a lieu, à raison de faits nouveaux et imprévus, de faire intervenir l'équité. Voy. dans le *Dalloz*, 1876.1.193, un intéressant arrêt d'Aix, cassé par la Cour suprême. — Cf. Cass. Turin, 16 août 1900, dans *La Legge*, 1900.2.800.

(2) On sait que le Code civil allemand trace des règles différentes d'interprétation suivant qu'il s'agit des contrats ou des autres déclarations de volonté. V. les §§ 133 et 157. C'est seulement en matière de contrats qu'il est question de bonne foi (*Treu und Glauben*). — Voy. Saleilles, *Décl. de vol.*, sur le § 133, n° 84. — Sur l'interprétation des contrats « *nach Treu und Glauben* », v. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 524 s.

la portée de l'article 1134, alinéa 3 : la règle qu'il édicte se présente comme un principe supérieur qui, loin de consacrer simplement des intentions tacites, domine les volontés contractantes, en limite l'efficacité et parfois même les brise. Dire que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est dire que la volonté des parties doit être *corrigée* dans le sens de la loyauté, lorsqu'elle s'en écarte ; c'est reconnaître au juge le pouvoir de se refuser à l'application de telle ou telle clause du contrat, lorsque cette clause constitue un piège pour la bonne foi (1). Les meilleures décisions de notre jurisprudence en matière d'assurances (2) sont fondées sur cette manière de voir. En vertu de quel « mensonge technique » pourrait-on rattacher cette pénétration de la bonne foi dans l'interprétation du contrat à une « commune intention des parties » ?

Le sens vrai de l'article 1135 est donc tout autre qu'on nous le dit. Nous le résumons en deux mots : 1° Les effets de l'acte juridique sont d'abord ceux qui ont été voulus, pourvu, bien entendu, qu'ils soient licites, c'est-à-dire en harmonie avec l'ordre public, les bonnes mœurs, les exigences de la bonne foi et les règles générales de l'organisation juridique. 2° Mais la volonté ne saurait ni tout prévoir, ni tout régler. Pour enchaîner entièrement l'avenir dans un acte de prévision et pour résoudre à l'avance tous les

(1) Cf. Saleilles, *loc. cit.*

(2) C'est surtout, en effet, dans les contrats d'adhésion qu'il y a lieu parfois de corriger certaines clauses au nom de la bonne foi ; car celle des parties qui fait la loi du contrat risque d'abuser de sa prépondérance économique et juridique en tendant des pièges à l'autre. — Voy. sur ce point Dereux, thèse, p. 152 s. — Cf. en matière d'engagement théâtral, un arrêt intéressant de la Chambre des requêtes du 4 mai 1905, D. 1906.1.359.

conflits d'intérêts qu'un contrat peut faire surgir, il faudrait être tout-puissant et omniscient : tel Dieu créant le monde. Ce n'est pas le cas de la volonté humaine créant le droit. Il faut donc que l'ordre juridique vienne à son secours et comble les lacunes qu'elle ne peut éviter. Il le fait en s'inspirant, non pas de la volonté subjective réelle des parties, — qui par hypothèse est inexistante, incertaine ou contradictoire, — mais de ce que cette volonté aurait dû être, à la supposer conforme à l'équité, à la loyauté et aux usages. Ainsi, en même temps qu'il *complète* les volontés individuelles, en faisant produire à leurs manifestations d'après leur but normal le maximum d'effets utiles, il les *oriente*, d'autorité, dans le sens de la justice et du bien commun.

En d'autres termes, un acte de volonté une fois émis, le milieu social s'en saisit, le pénètre de son influence et le soumet à ses lois (règles légales proprement dites, usages, équité, bonne foi), de telle sorte que, tout en servant pour le mieux les légitimes intérêts individuels des parties, il soit pour tous au maximum source de bien, au minimum source de mal (1).

Voilà ce que nous lisons dans l'article 1135 du Code civil.

(1) Comp. Durkheim, *Division du travail social*, 2e éd., 1902, p. 189 s. Cf. X. Perrin, *Conversion par réduction des actes et des personnes juridiques*, th. de Dijon, 1911, p. 119. — Dans quelle mesure le droit doit-il tenir compte, en cette matière, de l'intérêt général, et sur quelles bases doit-il établir la nécessaire conciliation entre cet intérêt général et les intérêts particuliers en conflit ? Cela dépend du milieu social, de l'état des esprits, des circonstances. C'est ainsi, par exemple, que les exigences de la loyauté, la sécurité du crédit et « l'intérêt des affaires » sont davantage pris de nos jours en considération dans les contrats commerciaux que dans les contrats purement civils.

B. — *Rôle du juge dans l'interprétation des actes juridiques.*

Dès lors, il est facile de concevoir quel doit être le rôle du juge.

I. — Incontestablement sa mission première est de donner effet aux volontés réelles des parties, si ces volontés se sont manifestées dans les formes et dans les limites à elle assignées par le droit positif. Pas un instant nous n'avons songé à rejeter la règle que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1134, C. civ.) (1). Il est permis, sans doute, de regretter que la jurisprudence l'ait parfois appliquée avec une rigidité excessive, qui choque notre sentiment de la justice (2) ; on peut aussi souhaiter qu'à l'avenir des textes légaux positifs, analogues aux paragraphes 138 et 343 du Code civil allemand, lui apportent, au nom de l'équité, d'utiles tempéraments (3). Mais, quant à supprimer le principe lui-même, ce ne serait ni plus ni moins qu'enlever au contrat à la fois sa raison d'être individuelle et sa valeur sociale. L'acte juridique représente avant tout un effort des volontés humaines pour embrasser l'avenir et s'assurer à l'avance tel ou tel avantage, dont elles ont besoin, pour agir, d'escompter avec certitude la réalisation : cet acte de prévision ne doit pas être déçu.

Si donc une difficulté s'élève, que les parties aient prévue et expressément résolue d'un commun accord, le juge ne saurait, en principe, hésiter : il doit sanctionner cet accord. Si, à défaut d'une manifestation explicite, la « com-

(1) Sur le fondement de cette règle, voy. notre chap. V, sect. II, § 2.

(2) Cf. *supra*, p. 195, n. 1.

(3) Cf. E. Gaudemet, *Les codifications récentes et la revision du Code civil*, dans *Livre du Centenaire*, p. 985.

mune intention des parties » se dégage pourtant avec netteté de l'ensemble de l'acte ou des circonstances, c'est elle encore qui dictera aux tribunaux le jugement à intervenir. Il y a plus : alors même que les contractants n'auraient pas songé en fait à la difficulté en cause, on pourrait très justement s'appuyer sur leur commune intention *éventuelle*, si l'on acquérait la certitude que, le cas échéant, ils eussent été d'accord sur la solution à admettre (1). Le juge devra donc consacrer au nom du principe d'autonomie : 1° les volontés expresses des parties ; 2° leurs volontés tacites et implicites ; 3° leurs volontés virtuelles (2). Nous ne reculerions même pas, malgré les abus qui s'en font, devant l'expression de *volontés présumées*, si du moins on consentait à bien s'entendre sur le sens de ces mots, et si jamais ils ne devaient servir à couvrir de pures fictions (3).

Bien loin de vouloir systématiquement battre en brèche le principe de la recherche et du respect par le juge de la

(1) Ce cas sera relativement rare, car, ainsi que nous le dirons plus loin, les parties ont le plus souvent des intérêts opposés.

(2) Ce sont là les conclusions de M. Dereux, thèse, *passim*, notamment, p. 446.

(3) Absolument parlant, la volonté est ou n'est pas : il n'y a pas de milieu. Le mot « présumé » qualifie non pas la volonté en elle-même, mais le genre de preuve ou le degré de certitude que l'on a de son existence. Une volonté présumée, c'est — au seul sens légitime qu'on puisse donner à cette expression — une volonté réelle, ou du moins que l'on croit telle, mais qui, au lieu d'être saisie directement, n'est connue que par une induction fondée sur l'ensemble des clauses de l'acte, le but et les circonstances de l'opération ou sur d'autres indices plus ou moins sûrs. Que si, au contraire, par volontés présumées on entend des volontés qu'on sait fort bien inexistantes, mais que pour des raisons de technique juridique on « feint » exister, nous estimons que la science du droit n'a que faire de pareils artifices.

volonté des parties, nous serions au contraire tout disposé à reprocher plutôt à notre jurisprudence de ne pas s'en être assez résolument inspirée et de ne pas l'avoir manié avec assez de souplesse et de fécondité.

Encore toute pénétrée du souvenir des *catégories* romaines et habituée depuis des siècles à un système compliqué de constructions techniques rigides, elle a eu trop souvent pour unique objectif, en face des manifestations juridiques des volontés autonomes, de les « catégoriser », c'est-à-dire de les réduire toutes aux types hiératiques définis par la loi ou par la doctrine, pour leur appliquer ensuite *de plano*, d'après les procédés d'une logique étroite et sans plus se soucier des intentions vraies des parties, toutes les règles afférentes à ces types. Rien n'était plus contraire au principe d'autonomie largement entendu. Accomplir un acte juridique, ce n'est pas se placer à l'intérieur d'une construction technique, c'est tendre à un but pratique, c'est poursuivre un résultat déterminé de l'ordre juridico-économique (1). Si donc l'interprète veut se conformer le plus

(1) Nous disons « de l'ordre juridico-économique » pour bien montrer qu'à notre avis le contenu de la volonté dans l'acte juridique est à la fois juridique et économique. En d'autres termes, nous repoussons la fameuse distinction, dont les adversaires allemands de la *Willenstheorie* ont tant abusé, entre la « volonté d'un état de fait » ou « volonté économique », qu'on affirme seule réelle, et la « volonté d'un état de droit » ou « volonté juridique », qu'on prétend inexistante ou sans importance. — V. sur ce point, Windscheid, *Pandekten*, 7e éd., t. I, p. 167, et la bibliographie citée ; Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 600 s. ; Dereux, thèse, p. 331 s. ; et les récentes thèses de MM. Paul Roubier (*Responsabilité précontractuelle*, 1911, p. 275 s.) et Xavier Perrin (*Conversion des actes juridiques*, 1911, p. 112 s.), qui ont l'un et l'autre adopté la théorie allemande. De cette distinction, on déduit aisément que les effets des actes juridiques sont déterminés par le seul droit objectif et que l'interprétation

exactement à la volonté des auteurs de l'acte, c'est de l'idée du but qu'avant tout il doit s'inspirer. Sa mission ne consiste pas à déduire des conséquences d'un principe, mais à adapter des moyens à un but. Il s'agit de téléologie, non de simple logique. Si la logique et la technique interviennent, — et il faut bien, sans doute, qu'elles interviennent, — ce ne doit être jamais qu'à titre d'auxiliaires, la considération du but restant toujours essentiellement prédominante.

n'est à aucun titre une recherche de volonté. — Cette théorie a, selon nous, le grave tort de confondre le droit tout entier avec la *technique* juridique. En opposant sans cesse, comme elle le fait, le « plan économique » et le « plan juridique» (Cf. X. Perrin, thèse, *passim*, notamment p. 123 s.), elle a l'air de supposer que la vie sociale réelle est constituée par des faits et des relations purement *économiques* (au sens le plus étroit du mot) et que l'élément *juridique* est quelque chose de superficiel et de factice qui s'y surajoute plus ou moins arbitrairement. Rien n'est plus faux (V. à un point de vue très général la réfutation de cette erreur dans Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 1896). On a beau objecter avec Lenel (*Parteiabsicht und Rechtsfolge*, *Jahrb. f. Dogm.*, 1881. p. 176 ; cf. Roubier, p. 278), « qu'on achète et qu'on se fait livrer du bois et du charbon, de la viande et du pain, pour se chauffer avec cela, pour consommer ceci, et non pour avoir la joie de devenir propriétaire de ces choses » ; il n'en est pas moins vrai qu'entre la volonté de l'acheteur qui veut du bois ou de la viande et celle du voleur qui en veut aussi, il y a une différence. L'un et l'autre veulent un certain « état de fait », mais l'acheteur seul le veut conforme au droit, c'est-à-dire conforme aux lois de la vie des hommes en société. Sa volonté est donc juridique en même temps qu'économique. Au lieu d'opposer la volonté juridique et la volonté économique, il faut plutôt distinguer, comme nous le faisons au texte, la volonté téléologique ou volonté du but, et la volonté que, faute de mieux, nous appellerons formelle ou technique et qui a pour objet les moyens techniques à approprier au but. La première seule est essentielle ; la deuxième est le plus souvent obscure. D'ordinaire, les personnes qui contractent n'ont clairement conscience que du but. L'adaptation de moyens techniques au but est l'œuvre du législateur et du juge, qui s'efforcent de concilier les exigences du but voulu avec celles de l'équité et de l'intérêt général.

Pratiquement, ce respect quasi-superstitieux de notre jurisprudence pour les schèmes abstraits et pour les principes de pure technique, l'a conduite à partiellement méconnaître, malgré la consécration par notre droit de la plus large autonomie, la possibilité de véritables contrats *sui generis* (1). Et ainsi, loin de servir aux progrès du droit, il n'a pu qu'entraver le libre développement des initiatives juridiques individuelles, dont les inventions fécondes et les géniales trouvailles, si magnifiquement célébrées par Tarde, constituent assurément la source la plus riche du développement juridique.

Il y aurait bien des choses à dire sur ce point (2) ; et vo-

(1) Cf. Gény, *Méthode*, p. 527. — Entendons par là toutes les opérations juridiques qui, imaginées sous la pression de nouvelles circonstances ou pour satisfaire des besoins nouveaux, ne rentrent pas *de plano* dans les cadres techniques traditionnels. Ex. : cession de dettes à titre particulier, contrat de révélation de succession, contrat d'édition (cf. Esmein, dans S. 1899.2.217, et Valéry dans D. 1898.2. 73), fondations de messe, opérations diverses faites par les caisses de crédit agricole, contrat de report, variétés multiples d'assurances-vie, création de droits réels *sui generis*, associations à personnalité imparfaite, etc...

(2) Du point de vue auquel nous venons de nous placer, nous devrions naturellement, ainsi que nous le signalait notre président de thèse, M. Gaudemet, faire un assez large accueil à la théorie de la *conversion par réduction des actes juridiques*, que le Code civil allemand a officiellement consacrée (§ 140) et qui a fait récemment en France l'objet d'une importante monographie (Xavier Perrin, *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques*, thèse de Dijon, 1911). L'opération dont il s'agit est clairement définie par le § 140 B.G.B. « Quand un acte juridique nul se trouve satisfaire aux conditions de validité d'un autre acte juridique, ce dernier entre en vigueur, lorsqu'il y a lieu d'admettre que, si l'on eût connu la nullité, cette entrée en vigueur eût été voulue. » Quant aux cas d'application, on en trouvera une copieuse énumération dans l'ouvrage de M. X. Perrin, auquel nous renvoyons le lecteur. L'adoption chez nous d'un

lontiers nous lui aurions consacré tout un chapitre, si les limites de notre sujet nous l'avaient permis. Autant nous sommes persuadé que l'ordre public, les bonnes mœurs,

texte analogue au paragraphe 140 nous paraît commandée : 1° par l'intérêt général : il est toujours socialement regrettable, en effet, que les efforts des parties aient été dépensés en pure perte. Or c'est ce qui arrive s'il y a annulation pure et simple. Grâce à la conversion, au contraire, un acte juridique subsiste, qui permet d'atteindre les résultats pratiques voulus par les parties. — 2° Par le principe d'autonomie largement entendu : sans doute la conversion opère en dehors de la volonté formelle des parties, puisque celles-ci croyaient effectuer un acte juridique autre que celui qui entre en vigueur. Elle n'en constitue pas moins une consécration positive de ce que nous appelions tout à l'heure leur volonté téléologique (cf. avant-dernière note). Par la conversion, les auteurs de l'acte obtiennent en fin de compte les résultats pratiques qu'ils ont réellement voulus et qui, sans elle, ne se réaliseraient pas. L'efficacité juridique des volontés individuelles en est donc accrue. C'est pourquoi cette institution ne se conçoit bien que dans les systèmes juridiques où la considération de la volonté individuelle joue un rôle important. Dans les législations purement formalistes, où les obligations et les droits dépendent des rites, des gestes, des formules plus que de la volonté, elle ne saurait trouver place. Et si en Allemagne elle a pu se concilier — fort aisément — avec la théorie de la Déclaration (cf. Saleilles, *Décl. de volonté*, § 140, nos 7 et 8), il semble que c'est dans un système comme le nôtre, édifié tout entier sur le principe d'autonomie, qu'elle eût dû le plus sûrement obtenir droit de cité. Cependant, la doctrine et la jurisprudence françaises, tout en s'inspirant assez fréquemment, quoique sans vues générales bien arrêtées, du principe de la conversion, n'ont pas fait à cette institution la place qu'elle mérite. Cela tient surtout, croyons-nous, à cet excessif respect des catégories techniques, que nous critiquons au texte. Mais cela tient aussi, pour une bonne part, à notre conception traditionnelle du rôle du juge en matière contractuelle. Les juristes classiques redoutent, en effet, toute initiative de la part du juge ; il ne doit être qu'un appareil enregistreur ; les volontés des parties sont censées n'être jamais en défaut ; elles prévoient tout, règlent tout, et n'ont donc pas besoin que le juge les aide à faire leurs propres affaires. Or l'institution dont nous parlons va directement à l'encontre de cette conception. Elle suppose chez le juge des

l'équité et la justice sociale doivent dominer le jeu des volontés individuelles, autant nous le sommes que le principe d'autonomie doit à son tour être placé au-dessus des principes de pure technique. La technique juridique avec tout son cortège de catégories abstraites et de schèmes logiques n'est au fond qu'un langage destiné à permettre au juriste de « parler » les phénomènes du droit. Or, de même que telles doivent être la richesse et la plasticité d'une langue qu'elle puisse exprimer adéquatement toutes les conceptions de l'esprit, fût-ce les plus nouvelles, et, à l'occasion, accorder droit de cité aux néologismes reconnus indispensables, de même nos théories techniques doivent être assez larges et assez accueillantes pour faire place, sans les dénaturer ni surtout les invalider, à toutes les innovations juridiques inspirées par la vie, et pour permettre, quand besoin est, qu'en dehors de leurs cadres habituels, les « néologismes » juridiques devenus nécessaires puissent éclore librement (1).

Mais fermons cette parenthèse (2).

pouvoirs assez étendus, et elle en fait vraiment « l'*auxiliaire des parties*, en vue de la réalisation du but final qu'elles poursuivent » (Saleilles, *op. cit.*, n° 4).

(1) Plus exactement : au lieu de rejeter ou de dénaturer les libres créations des volontés autonomes lorsqu'elles ne paraissent pas pouvoir facilement pénétrer dans les cadres de la technique traditionnelle, il faut au contraire assouplir, élargir et au besoin transformer nos catégories juridiques, pour que toutes ces créations puissent y trouver place. La technique juridique est, de ce point de vue, comparable aux théories scientifiques, dont Cl. Bernard a dit fort justement : « Il faut modifier la théorie pour l'adapter à la nature et non la nature pour l'adapter à la théorie » (*Introduction à la médecine expérimentale*, 1re p., ch. II, § 3). — Voy. sur les rapports du droit et de la science, P. Hans, *Le droit et la science*, dans *Ann. de phil. chrét.*, avril et mai 1908.

(2) Sur cette question des contrats *sui generis*, et, d'une manière générale, sur les relations du principe d'autonomie avec les principes

Toutefois, si loin qu'on le pousse, le respect de la volonté a une limite, qu'imposent les limites mêmes de la volonté ; il doit s'arrêter là où s'arrête la volonté elle-même. Il faudra bien tôt ou tard que les juristes reconnaissent que jamais les parties ne pensent à tout, ne prévoient tout, ne règlent tout. L'opinion que pas un détail de l'avenir n'échappe à leurs prévisions et que dans les termes mêmes de leur accord se trouve la solution de toutes les difficultés possibles, ne supporte pas un instant la critique (1). Elle a peut-être, il est vrai, été celle des commentateurs du Code. Il semblerait en effet, à les lire, que la règle principale de l'interprétation, — la « règle des règles », pour parler comme Demolombe (2), — fût formulée par l'article 1156, en sorte que pour le juge les seules hésitations possibles en présence d'un contrat proviendraient de l'obscurité des termes, c'est-à-dire d'un désaccord entre la volonté et son expression : ainsi, volontiers on suppose que les termes employés par les contractants ont pu ne pas traduire exactement leur intention ; mais que cette intention ait réelle-

de pure technique et les constructions juridiques, voy. surtout Gény, *Méthode*, notamment p. 167-168 et p. 526-529, qui cite une abondante bibliographie et un certain nombre d'exemples. — Voy. aussi Gény, *Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail*, *Rev. trim.*, 1902, p. 337 s. ; E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, 1898, *passim*, notamment p. 304 s. et p. 538 ; Gény, *Revue critique*, 1899, p. 450-464. — *Adde*, à certains égards, une note de Dusi sous un arrêt de Florence, dans *Riv. di dir. comm.*, 1907, II, p. 539 s. (à propos du *pactum reservati dominii* en matière de vente).

(1) Les Romains en avaient conscience. Dig. 19.1.38.2 : « si nihil de ea re neque emptor, neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in ejusmodi rebus evenisse solet... » (Celse).

(2) T. XXV, n° 3. — Cf. Gauguier, *De l'interprétation des actes juridiques*, p. 25 s. ; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1re éd., p. 301.

ment existé, quel que soit d'ailleurs le point en litige, c'est ce qu'on paraît mettre au-dessus de tout doute. — Cette conception est la fausseté même. En réalité, lorsque les parties prévoient véritablement une difficulté, il est très rare qu'elles ne s'expriment pas à son sujet avec précision. Comme le remarque très justement Ehrlich (1), les incertitudes et les obscurités ne proviennent pas de ce que sur un point déterminé la volonté est mal exprimée, mais de ce que sur ce point elle n'a pas existé.

Voilà ce qu'oublie trop souvent notre jurisprudence. Ce que nous lui reprochons, ce n'est pas de respecter trop la volonté contractuelle, c'est de la respecter là où elle n'est pas ; c'est de méconnaître systématiquement les bornes naturelles du vouloir humain ; c'est d'invoquer trop souvent des intentions imaginaires en supposant toujours prévu ce qui ne l'a presque jamais été ; c'est de se prétendre assez perspicace pour pouvoir, là où il n'y a rien, découvrir quelque chose et savoir quelle réponse des contractants ont donnée à des questions qu'ils ne se sont pas posées. Que le lecteur veuille bien parcourir, en dehors de toute opinion préconçue, quelques numéros du Dalloz ou du Sirey, ou simplement qu'il consente à se reporter aux exemples cités plus haut ou, mieux encore, à ceux, plus nombreux, que M. Dereux a analysés dans sa thèse, et bien vite il constatera combien sont fondées nos critiques. Les juges français sont tellement imbus, en apparence au moins, de ce principe que la volonté est dans le contrat l'unique source du droit, et partant le seul fondement légitime de toute décision, que, lorsqu'ils n'ont pas sous la main des volontés réelles, c'est pour eux comme une nécessité d'in-

(1) Ehrlich, *Das zwingende und nichtzwingende Recht*, p. 40.

venter des volontés fictives. Il semble vraiment qu'en l'absence de toute « commune intention des parties », ils en seraient réduits, faute de pouvoir valablement motiver leur jugement, à s'abstenir de juger. Ou, du moins, leur unique ressource pour éviter un déni de justice (art. 4, C. civ.) serait sans doute de faire ce que fit, le vingt-quatrième jour de septembre de l'an mil six cent quarante-quatre, Messire Houlyer, conseiller du roi, assesseur pour sa Majesté au siège royal de Melle. Ce bon juge n'eut « d'autre moyen d'alléger sa conscience que de déférer le jugement du procès à la providence divine, de prendre d'office entre ses doigts deux pailles ou bûchettes, et d'enjoindre aux parties de tirer chacune l'une d'icelles, ayant préalablement déclaré que celle desdites parties qui tirerait la plus grande des bûchettes gagnerait sa cause... » (1).

Or, — et c'est là ce qu'il ne faut se lasser de redire, — autant sont respectables les volontés réelles, autant les volontés fictives le sont peu. Pour être respectable, il faut être. On ne respecte pas le néant. Et une décision judiciaire qui n'a d'autre fondement qu'une « commune intention » manifestement inexistante, est une décision qui n'est pas *motivée*, qui par suite mérite la censure de la Cour de cassation.

Ce n'est pas tout : les prétendues volontés communes ne sont pas seulement *en dehors* de la réalité ; très souvent elles lui sont directement *contraires*. Il est certain, en effet, que dans les contrats du genre commutatif, de beaucoup les plus nombreux, les intérêts des parties sont d'ordinaire opposés. Par suite, sur presque tous les points que la convention n'a pas expressément réglés, leurs volontés éven-

(1) Voy. ce curieux jugement dans Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, 1837, t. II, p. 503 s.

tuelles, si volontés il y a, ne sauraient être que divergentes.

« Quelle merveilleuse harmonie, disait ironiquement Sforza, entre mon cousin Charles VIII et moi ! Nous voulons tous les deux la même chose, Milan » (1). C'est de cette façon, et de cette façon seulement, qu'en matière de contrats on peut parler d'une « commune intention des parties ». Oui, les deux parties veulent en un sens la même chose : toutes deux veulent faire « une bonne affaire » ; toutes deux ont pour volonté générale d'obtenir en tout le maximum d'avantages au prix du minimum de sacrifices. Malheureusement, et c'est précisément de là que naissent les procès, ce qui pour l'une est avantage est le plus souvent sacrifice pour l'autre, et inversement. Si donc, au sujet de difficultés n'ayant pas fait l'objet d'un débat spécial et d'un formel accord, on scrute leurs intentions éventuelles, ce que d'ordinaire on découvre, ce ne sont pas des volontés concordantes, mais un désaccord virtuel (2). Et, fût-on le plus délié des civilistes ou le plus subtil des déchiffreurs d'énigmes, jamais de ce désaccord virtuel on ne fera sortir une commune volonté qui ne soit pas une pure fiction.

(1) Cité par Fouillée, *Science contemporaine*, 2e éd., 1885, p. 259.

(2) Un exemple entre mille. Reportons-nous à la première espèce citée plus haut, p. 177. Pour le cocher de fiacre engagé « à la moyenne », l'application de la loi de 1898 sur les accidents du travail constitue assurément un avantage ; elle est une charge pour l'entrepreneur de transports. Dès lors, supposons que, lors de la formation du contrat, on demande aux parties, après les avoir mises au courant de l'intérêt pratique de la question, si elles entendent effectuer un « louage de chose » ou un « louage de services ». N'est-il pas évident que leurs réponses seront différentes ? « Je loue ma chose », dira l'entrepreneur. « Et moi, je prétends louer mes services », ripostera le cocher (Cf. Dereux, thèse, p. 7).

II.— Que doit donc faire le juge en pareille occurrence ? Un mot résume son rôle : « Dans les matières civiles, disait le projet de Code civil de l'an VIII (1), le juge, à défaut de loi précise, est un *ministre d'équité* ». C'est à l'équité que s'adressera l'interprète du contrat, lorsque, les volontés étant muettes, inconnaissables ou contradictoires, aucune loi subsidiaire, ni aucun usage bien établi ne pourront être invoqués (cf. art. 1135).

Sur l'équité, on a beaucoup écrit et des choses bien vagues. La définition la plus claire est toujours celle d'Aristote (2). L'équité est la forme que revêt la justice idéale dans son application à des cas particuliers. C'est le droit tel que nous le révèle notre conscience juridique en face d'une espèce concrète. Tandis que la loi représente la justice générale et abstraite, l'équité est une justice concrétisée et comme individualisée. Mais c'est toujours la même justice.

On a donc pu dire très justement du juge statuant d'après l'équité, qu'il était « le législateur des espèces concrètes ». Le juge fait au sujet d'une espèce particulière ce que le législateur ferait lui-même s'il avait à intervenir. C'est suivant les mêmes visées et au nom des mêmes principes qu'il s'attache à découvrir dans les éléments objectifs de la situation juridique en cause la norme de droit qu'ils requièrent.

Or, en matière de contrats, la règle suprême de justice, dont toujours s'inspire le législateur, se résume, nous le

(1) Article 11 du titre V du Livre préliminaire (V. Fenet, t. II, p. 7).

(2) Aristote, *Ethique à Nicomaque*, l. V, ch. X, § 5. A consulter sur l'équité : Gény, *Méthode*, p. 487 s., qui donne une bibliographie abondante ; et Miceli, *Sul principio di equità*, dans *Studi in onore di V. Scialoja*, 1905, t. II, p. 83-93 ; cf. du même auteur, *Lezioni di filosofia del diritto*, t. II, 1909, p. 247-258.

verrons plus loin, dans le principe *commutatif* ou principe de l'*équivalent* (1). L'équité contractuelle consiste donc à assurer le triomphe de l'équivalent. Il s'agit pour le juge d'apprécier exactement et de comparer les divers intérêts en présence pour les *équilibrer* (*aequitas*, *aequum*) d'après leur importance individuelle et conformément à leurs fins sociales (2).

Assurément, dans l'accomplissement de cette tâche, le juge ne laisse pas de tenir grandement compte des volontés des parties — nous entendons les volontés manifestées par les parties sur les autres points que le point en litige, puisque, par hypothèse, celui-ci n'a pas été réglé par elles, — mais ces volontés ne constituent plus, à vrai dire, les sources formelles du droit ; elles rentrent seulement parmi les éléments de *fait*, à propos desquels le juge doit, d'après l'équité, déterminer le *droit*. La question n'est pas : « Qu'est-ce que les parties ont voulu ? » mais : « Etant donné les intérêts en cause, l'ensemble des éléments de l'espèce et notamment les volontés réellement exprimées par les parties, quelle est, de la difficulté en litige, la solution la plus équitable, la plus conforme au droit et au bien commun ? Quelle est celle qui équilibre pour le mieux les intérêts en présence, appréciés selon les exigences d'une conscience juridique normale ? (3) »

(1) Cf. Ihering, *Der Zweck im Recht*, trad. de Meulenaere, p. 93 ; Tarde, *Les transformations du droit*, p. 138.

(2) Comp. Gény, *Méthode*, p. 539. Ce que M. Gény appelle « le principe de l'équilibre des intérêts en présence » nous apparaît ainsi comme la principale application du principe d'équité. — On voit, d'après ce qui est dit au texte, combien la vieille comparaison de la *balance*, appliquée à la justice, est profondément exacte. Rappr. à un point de vue très général, sur l'importance en droit de la notion d'*équilibre* : Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 29 s.

(3) En d'autres termes, comme le dit un ouvrage récent (Demogue,

En un mot : quand la volonté subjective est inexistante ou douteuse, le juge recherche le juste objectif (1). Il n'est pas un simple appareil enregistreur, mais, comme le législateur, l'organe actif du droit (2). Et, pas plus que le législateur, il n'est le simple mandataire des volontés individuelles : le juge statuant d'après l'équité est le délégué de la loi, ou mieux le représentant du droit et de la justice (3).

Evidemment, cette conception du rôle du juge va à l'encontre des affirmations quasi-unanimes des auteurs et de la terminologie habituelle de la jurisprudence. Mais autant elle est contraire à ce qui se dit, autant nous la croyons conforme à ce qui se fait. Les juges ont beau dire et redire, en effet, qu'ils ne font que rechercher et sanctionner la commune volonté des parties, que là se borne tout leur rôle, ce n'est pour eux que façon de dire. Et si nous pénétrions quelque peu leur psychologie intime, nous découvririons bien vite qu'en présence d'une difficulté non prévue par le contrat, la véritable question qu'en premier lieu plus ou moins consciemment ils se posent, est la suivante : « Quelle serait la solution la plus équitable ? » ou, ce qui revient au même (4) : « Qu'auraient *dû* vouloir, qu'eût-il été *juste* que

Notions fondamentales du droit privé, 1911, p. 298), il s'agit ici d'une *adaptation* de volonté et non d'une simple *interprétation*.

(1) Cf. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, notamment, p. 511.

(2) Cf. Gény, *Méthode*, p. 457 s. ; Demogue, *Notions*, p. 301.

(3) Comp. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p 51-53.

(4) Ne soyons pas dupes, en effet, des apparences. Par rapport à ma volonté psychologique réelle, — dans quelque sens qu'elle soit orientée, — la volonté juridique que je *dois* avoir, qu'il est *juste* que j'aie, et qu'à ce titre on m'impose, constitue une véritable norme de droit objectif.

voulussent en pareil cas des volontés normales, soucieuses de concilier leurs intérêts au mieux des exigences de la justice ? » Ce n'est que lorsque le juge a découvert ainsi la solution postulée par l'équité, qu'au nom du dogme de l'autonomie il imagine quelque « commune intention » et qu'il dissimule derrière de prétendues volontés subjectives le juste objectif.

Si cette analyse est exacte, si les tribunaux fondent en réalité leurs décisions sur des considérations supérieures de justice et de bien commun, pourquoi ne le diraient-ils pas ouvertement ? Ne résulte-t-il pas clairement de l'article 1135 du Code civil que l'équité n'a besoin d'aucun passeport, ni surtout d'aucun déguisement pour pénétrer dans le domaine du droit positif ? Pourquoi ces trompeuses fictions qui compliquent tout et n'éclairent rien ? ces détours qui rendent parfois si tortueux les sentiers de la justice ? Rien n'est plus propre à discréditer devant l'opinion publique les juges, les juristes et le droit lui-même. « La justice ne se cache pas » (1).

On ne saurait, dans les cas qui nous occupent, parler encore de « volonté des parties » et de « commune intention », qu'à la condition de rejeter hardiment tous les principes classiques d'interprétation, pour embrasser la pure doctrine de la *déclaration*. Il faudrait proclamer une fois pour toutes que *jamais* il ne s'agit pour le juge de rechercher une volonté interne réelle, mais seulement d'interpréter une déclaration d'après son sens normal et selon les exigences de la justice et de l'intérêt général. Il faudrait proclamer une fois pour toutes que les mots de volonté juridique et de commune intention ne prétendent en aucun

(1) Bossuet, *Œuvres oratoires*, éd. Lebarq, t. V, p. 151.

cas désigner de véritables réalités psychologiques ; que le droit n'est pas une psychologie ; et que ces mots s'entendent simplement du contenu objectif de la déclaration, interprétée normalement et complétée d'après l'équité, les usages et la bonne foi (1).

Mais tant que l'on conservera le principe d'autonomie avec son sens traditionnel et que par volonté juridique on désignera la volonté psychologique, l'emploi de cette expression ne sera légitime que lorsqu'il reposera sur des données psychologiques certaines. Parlons donc de volonté dans les cas où il y a volonté, et d'équité ou de justice sociale dans les autres. Ainsi nous cesserons de mettre toujours sur le même rang les réalités et les fictions (2).

(1) Rappr. Saleilles, *Décl. de volonté*, sur l'article 133, nos 47 et 51.

(2) En d'autres termes, il est contradictoire de prétendre, en matière de contrats, fonder toutes les décisions possibles sur la volonté des parties, tout en considérant cette volonté comme une volonté psychologique réelle ; de même qu'il est contradictoire d'absorber le droit tout entier dans la loi, si on ne voit dans la loi que la volonté réelle du législateur. La volonté humaine, qu'elle soit celle d'un législateur ou celle de l'auteur d'un acte juridique, a des limites naturelles, des lacunes inévitables qu'il serait puéril de méconnaître (V. Gény, p. 100 s.). Il faut donc opter entre les deux conceptions indiquées au texte.

Nous rencontrons d'ailleurs les deux mêmes conceptions lorsqu'il s'agit de l'interprétation de la *loi*. Si la loi consiste avant tout dans la volonté du législateur (cf. la théorie de la volonté, en matière d'actes juridiques), elle ne régit que les rapports juridiques ayant pu entrer, au moins virtuellement, dans les prévisions du législateur ; en dehors de là, il faut faire appel soit à d'autres sources juridiques formelles, soit à la « libre recherche scientifique » ; invoquer la loi serait fiction pure (Gény). On ne peut faire entrer dans les cadres de la loi et fonder sur son autorité toutes les décisions juridiques possibles, qu'à la condition de séparer la loi de la volonté du législateur et de la considérer (cf. la théorie de la déclaration) comme une charte se suffisant à elle-même, ou mieux comme un organisme vivant, en

III. — Nous nous heurtons ici à une objection : la plus grave, en apparence, qu'aient soulevée les théories allemandes sur l'interprétation des contrats. « Gardons-nous bien, dit-on, de renoncer à ces volontés tacites et à ces communes intentions, auxquelles la jurisprudence est accoutumée. Ce sont parfois des fictions, peut-être ; ces fictions sont utiles : elles lient le juge ; elles donnent à son travail d'interprétation cette précision et cette rigueur dont avant tout la vie juridique a besoin. Permettre aux tribunaux de s'inspirer ouvertement de notions aussi vagues et aussi inconsistantes que celles d'équité et d'intérêt général, ce serait ouvrir la voie à tous les arbitraires et livrer à l'anarchie et à l'insécurité les relations juridiques (1). »

L'objection procède de la conception classique du rôle

voie d'évolution et d'adaptation constante, et attirant sans cesse à lui, pour se les assimiler, tous les éléments de la vitalité juridique du pays (Saleilles, *Introduction*, p. 98 et s. ; *Déclar. de vol.*, p. 213 et s.).

La comparaison a d'ailleurs été souvent faite entre l'interprétation de la loi et celle de l'acte juridique. Voy. surtout Saleilles, *Décl. de vol.*, sur le § 133 ; et les diverses études critiques suscitées par cet ouvrage (Gény, *Ann. de dr. comm.*, 1901 ; Tissier, *Rev. bourguignonne*, 1903 ; Meynial, *Rev. trim.*, 1902). — *Adde* : Dereux, *Rev. crit.*, 1902, p. 116 ; Fortier, *Pouvoirs du juge*, thèse, 1909, p. 85.

(1) Cf. Meynial, *Rev. trim.*, 1902, p. 570 : « Demander à un homme, outre un sentiment exact et affiné de l'ordre public, de la mesure où le progrès vers le mieux est possible sans soulever l'opinion, une appréciation exacte et équitable d'intérêts privés en conflit et ne pas le lier par *la volonté précise des parties*, qui est pour lui une protection contre les accusations malveillantes autant qu'une entrave, je crains que cela ne soit une utopie. » Nous le craignons aussi, et c'est justement pour cela que nous avons posé comme première règle d'interprétation le respect par le juge des « volontés précises des parties ». Mais on conviendra bien qu'il est des cas où les volontés des parties ne sont pas « précises », où même elles sont entièrement muettes ou contradictoires. Or c'est de ces cas seulement qu'il s'agit ici (Cf. Dereux, thèse, p. 470).

du juge : par peur de l'arbitraire, on dénie au juge toute activité propre ; on voudrait rendre inutile sa pensée personnelle ; l'enregistrement automatique des lois et des contrats constituerait toute sa mission (1). Le juge idéal, dit ironiquement Ihering, serait une sorte de machine analogue au fameux canard de Vaucanson, qui digérait mécaniquement : on glisserait dans la machine l'espèce à juger, et elle en sortirait sous forme de jugement (2).

Cette conception a fait son temps. L'histoire nous enseigne avec évidence que jamais le juge ne fut réduit à cette fonction stricte d'interprète mécanique des volontés législatives ou des volontés contractuelles. Chez tous les peuples le juge a été, autant et souvent plus que le législateur, « l'arbitre des conflits sociaux », le « régulateur du progrès social », l'indispensable artisan de l'élaboration du droit (3). Et ce rôle actif des autorités judiciaires, ce « pouvoir prétorien de la jurisprudence (4) », nous ne le rencontrons pas seulement à Rome, au tribunal du prêteur, en qui on l'incarne d'ordinaire, ou dans nos anciens parlements et dans les cours anglaises d'*equity* ; le phénomène de la codification écrite n'y a pas mis un terme, et nous le retrouvons, au grand scandale des juristes orthodoxes, jusque dans la France postérieure au Code civil (5). De quelque façon

(1) V. *supra*, ch. I, sect. I, 5, comment cette conception du rôle du juge se rattache aux principes de l'individualisme classique.

(2) Ihering, *Der Zweck im Recht*, I, tr. fr. p. 261.

(3) Sur cette question, dont la littérature est considérable, nous citerons seulement quelques belles pages de M. Saleilles, dans *Rev. de phil.*, t. XV, 1909, 151-155, auxquelles nous avons emprunté quelques expressions.

(4) V. H. Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, th. de Caen, 1897.

(5) Cf. Langlois, thèse précitée ; Saleilles, *loc. cit.*, p. 154 ; Gény, *Méthode*, *passim*, notamment p. 418 s., 457 s., 541.

qu'on s'y prenne, le juge ne sera jamais une simple machine. Toujours les lacunes et les obscurités de la loi et les insuffisances des prévisions contractuelles rendront inévitable un certain *arbitraire*. Qu'on cherche à limiter et à discipliner cet arbitraire, rien de mieux (1) ; mais qu'on ne se fasse pas l'illusion de le supprimer jamais. « Chassée par la porte, dit Miceli (2), l'équité rentrerait par la fenêtre » ; et avec elle rentreraient aussi les pouvoirs discrétionnaires qu'elle entraîne pour le juge (3).

Toute la question est donc de savoir si, en matière de contrats, le juge remplit mieux le rôle actif qui lui incombe en le dissimulant derrière des volontés fictives, et si les procédés techniques de notre système classique offrent aux justiciables des garanties plus solides de sécurité et de certitude. Tel n'est pas notre avis. Il n'y a jamais dans les volontés fictives que ce que le juge veut bien y mettre ; et, si les solutions de la jurisprudence présentent une fixité et une précision relatives, cela tient à la fixité et à la précision relatives des principes d'équité dont au fond elles s'inspirent, et nullement aux fictions dont on les habille. Au reste, les fictions sont toujours dangereuses (4). Assurément, tant qu'on n'en use que pour faire parler dans le sens de l'équité des volontés muettes, il n'y a rien de bien grave. Mais il

(1) Voilà pourquoi les règles légales « interprétatives » sont utiles et même nécessaires. Elles gênent peut-être le juge dans la recherche de la volonté concrète réelle des parties (cf. *supra*, § II, 1), mais elles engendrent précision et sécurité ; et cela vaut mieux.

(2) *Lezioni di filosofia del diritto,* t. II, 1909, p. 252.

(3) Remarquons d'ailleurs que le Code civil lui-même, dans ses articles 6 et 1382, pour ne citer que ceux-là, confère au juge des pouvoirs bien autrement étendus et bien autrement dangereux que ceux que nous revendiquons ici pour lui au nom des articles 1135 et 1134, al. 3.

(4) Cf. sur ce point Dereux, thèse, *passim*, notamment p. 467 et 487.

est à craindre qu'au nom de volontés imaginaires on ne tienne parfois en échec des volontés réelles parfaitement respectables (1). Ce serait alors le comble de l'arbitraire ; et contre ce danger, le système classique ne fournit aucun recours (2). Quand l'arbitraire se glisse sous le voile de la fiction, il n'a plus d'autres limites que celles de l'habileté technique du juge. Celui-ci est-il subtil et délié ? sait-il imaginer à propos des volontés fictives, les combiner entre elles et faire intervenir quelque construction technique bien appropriée ? Il peut alors s'en donner à cœur joie ; ses pouvoirs ne rencontrent aucun obstacle. Car il n'est pas une décision, si absurde ou si injuste qu'elle paraisse, que,

(1) Voy. par ex. Bordeaux, 4 février 1907, *Gaz. Trib.*, 1907.1.2. 313. Il y est question de la restitution de la dot moniale apportée par une religieuse à la congrégation dont elle faisait partie et qui vient d'être dissoute. Pour refuser cette restitution, la Cour de Bordeaux se fonde sur des arguments comme celui-ci : « Il n'est pas admissible, dit-elle, que la demoiselle M... ait traité des conditions d'existence auxquelles elle entendait soumettre sa vie entière sans s'être renseignée à cet égard, et *sans avoir eu connaissance des dispositions de la loi de* 1825, *qui prévoit l'extinction des congrégations et le retrait des autorisations...* » Voy. la critique de cet arrêt par M. G. Ripert, dans *Rev. crit.*, 1907, p. 197 s. « Le juge présume des opinions que les parties n'ont jamais eues, suppose des directions qu'elles n'ont pas choisies, pense pour elles à des faits qu'elles ne connaissaient pas, et, sous le couvert de l'interprétation, leur impose une solution qui ne répond souvent ni à leur volonté réelle, ni aux termes formels de l'acte, ni au but du contrat, mais qui montre seulement sa sagacité dans la devinette qu'il s'est proposée. »

(2) Dans la doctrine classique. toute question relative à l'interprétation des contrats est une question d'intention, donc une question de fait. La Cour de cassation ne saurait intervenir « qu'autant que le juge, après avoir constaté l'existence et le sens d'un contrat, croirait pouvoir modifier, sous un prétexte quelconque, ce qu'il reconnaîtrait avoir été convenu entre les parties » (Cass., 22 nov. 1865, D. 66. 1. 108). Il est donc facile à un juge habile d'éviter le contrôle de la Cour suprême.

moyennant un peu d'habileté technique, on ne puisse aisément déduire de quelque « commune intention » imaginaire.

Ce n'est donc que par une décevante illusion qu'on suppose trouver dans les fictions classiques de quoi enchaîner le juge et prévenir tout arbitraire. Nous pensons, tout au contraire, que c'est dans le système que nous préconisons que les abus redoutés seront le moins à craindre. L'arbitraire le plus dangereux, en effet, est l'arbitraire qui s'ignore ou qui feint de s'ignorer. Quand on dira ouvertement au juge qu'il a un rôle actif à jouer, qu'il n'est pas l'interprète de volontés absentes, mais l'organe du droit et le représentant de l'équité, en prenant plus nettement conscience de l'étendue de ses pouvoirs, il acquerra un sentiment plus vif de ses responsabilités morales et sociales. D'un autre côté, au lieu d'abdiquer ses fonctions naturelles d'inspiratrice de la jurisprudence, sous le fallacieux prétexte qu'elle n'a pas à connaître des questions d'intention, la *doctrine* s'efforcera plus résolument de préparer les voies aux tribunaux par une analyse positive des exigences de l'équité et de l'intérêt général. Il est permis de penser, d'autre part, que la nécessité où inévitablement se trouvera le juge de se conformer, dans la mise en œuvre de ces grandes notions, aux affirmations de la conscience juridique moyenne constituera pour lui, contre toute velléité d'abus, un préservatif salutaire. L'opinion publique s'incline peut-être facilement devant une décision choquante, si on la lui présente comme dérivant d'une « commune intention » : « tu l'as voulu... ! » dit-elle à la victime. Mais tolérerait-elle aussi aisément qu'au nom de l'équité on rendît un jugement inéquitable ou qu'au nom de l'intérêt général on prononçât un arrêt antisocial ? Nous ne le croyons pas. Enfin et surtout, l'ar-

bitraire du juge trouvera une limite, et les justiciables la sécurité nécessaire, dans un contrôle plus étendu et plus actif de la Cour de cassation. Ce point mérite quelque explication.

Disons d'abord qu'il ne s'agit aucunement de revenir à cette vieille opinion, qui fut un instant celle de la Cour de cassation (1) et d'après laquelle le tribunal suprême devrait contrôler toutes les décisions relatives aux contrats, puisque ceux-ci tiennent lieu de *loi*. Ce système est mort et bien mort. Il s'agit seulement de s'incliner enfin devant cette vérité, pour nous incontestable, savoir que, derrière les prétendues volontés communes des parties, ce que très souvent les juges agitent et tranchent, ce ne sont pas des questions de fait, mais des questions de droit. Dans bon nombre de procès portant sur l'interprétation d'actes juridiques, dans les quelques espèces, par exemple, que nous avons indiquées plus haut (§ 1) (2), il est manifeste qu'*aucun fait d'aucun genre n'est contesté*. La question en litige n'est pas : « Qu'ont voulu les parties ? », mais « Qu'auraient-elles *dû* vouloir », ce qui, nous l'avons vu, est bien différent ; ou, plus exactement : « Etant donné que les faits sont ce qu'ils sont et les volontés connaissables ce qu'elles sont, quelle conséquence en découle-t-il au point de vue du droit ?

(1) Cass., 1er ventôse an X, *Dall. Rép.*, Vo *Cassation*, no 1569. La Cour de cassation changea d'opinion le 2 février 1808, sous l'influence de Merlin (*Dall.*, *ibid.*, no 1571).

(2) Voy. d'autres exemples dans l'important chapitre que M. Dereux consacre à la question du contrôle de la Cour de cassation dans l'interprétation des actes juridiques privés (thèse, p. 71-124). — Cf. Dereux, *Sulle concezioni tedesca e francese del contratto*, *Rev. di dir. comm.*, 1909, t. I, p. 253 s. — Voy. aussi, mais dans le sens d'une abstention complète de la Cour de cassation, Gauguier, thèse précitée, p. 213 s.

Quelle décision impose l'équité ? » Or cela, ce n'est plus du fait, c'est du droit (1).

La preuve, c'est qu'en pareil cas on invoque les *précédents* ; c'est qu'un avocat a gagné sa cause, lorsqu'il a cité un ou deux arrêts conformes à ses prétentions ; c'est que tous les juges de France se croient moralement obligés de résoudre les mêmes procès de la même façon ; c'est qu'on considère qu'un tribunal se *déjuge* lorsqu'il juge différemment deux espèces semblables. Or s'il ne s'agissait que de trancher des questions de fait et de pénétrer les volontés subjectives des parties, tout cela serait incompréhensible, et tout cela serait injuste. En quoi un tribunal se déjugerait-il en constatant que certains *faits* ne sont plus les mêmes dans le procès d'aujourd'hui que dans celui d'hier, que la volonté concrète des parties, orientée hier dans un sens, est aujourd'hui dirigée dans un autre ? En quoi la connaissance de ce qu'a décidé au sujet de Pierre et de Paul la Cour de Bordeaux permettrait-elle au juge de savoir avec certitude ce qu'ont voulu en fait Jacques et Philippe à Lyon ? Et de quel droit le tribunal de Lyon se croirait-il dispensé de toute recherche ultérieure des intentions subjectives des parties ? On dira peut-être que Philippe et Jacques sont censés avoir connu la décision de Bordeaux et, par suite, en avoir tacitement admis et voulu les dispositions. Mais semblable fiction dépasserait les bornes de la vraisemblance ; et d'ailleurs quand a-t-on vu les tribunaux se soucier de la date des précédents qu'ils invoquent ? N'en tiennent-ils compte que lorsqu'ils sont antérieurs à la conclusion du

(1) Rappr. Saleilles, *Décl. de volonté*, p. 216, n° 48. — Voy. aussi Beudant, *Obligations et contrats*, 1906, p. 179, qui fait au contrôle de la Cour suprême une part plus large que les autres auteurs classiques.

contrat qui leur est soumis, ainsi que le supposerait l'objection ? (1).

Or, partout où des points de droit sont en jeu, la Cour de cassation a compétence pour exercer son contrôle. Il fut sans doute un temps où notre juridiction suprême, conformément à l'idée première qui avait présidé à son institution, ne prétendait intervenir que pour sauvegarder contre des atteintes formelles le texte même de la loi écrite. Mais il n'est nul besoin de rappeler comment, sous la pression des besoins pratiques, elle a dû, pour garantir dans notre pays une ferme organisation juridique, amplifier sa mission et

(1) Comme illustration de tout ce passage, nous citons ici quelques remarques fort suggestives de M. Chavegrin, insérées au Sirey (1897. 1.484). Elles concernent les arrêts déjà cités (p. 178) de la Cour de cassation, qui, sous prétexte qu'il s'agissait de simples questions de fait ou d'intention, ont validé deux décisions en sens opposé, au sujet du remboursement anticipé d'obligations amortissables. « Il semble donc, dit M. Chavegrin, qu'on soit loin de l'unité de vues et que nous courrions le risque de contradictions nombreuses entre les tribunaux, comme celles dont d'autres pays donnent le spectacle en notre matière... Cependant le péril est moindre peut-être qu'il ne le paraît, et sans doute les décisions de justice ne se heurteront pas autant qu'on pourrait le croire. En effet, comme les grandes Compagnies de chemins de fer et les sociétés les plus considérables ont leur principal établissement à Paris,... les procès analogues à celui qui vient de se juger, ou du moins les plus notables d'entre eux, aboutiront donc comme lui-même à la Cour de Paris. Or, après les débats approfondis qui ont eu lieu devant elle, cette Cour a rendu un arrêt qui a toute la valeur d'un précédent ; elle se déjugerait avec éclat, si elle consacrait les prétentions des débiteurs, après avoir affirmé le droit des créanciers. Aussi est-il peu supposable qu'elle le fasse ; et telle est si bien l'opinion des praticiens, que, depuis la condamnation de la Compagnie de l'Est, sa tentative n'a pas, à notre connaissance, eu d'imitateurs. » Que le lecteur veuille bien méditer ces quelques lignes, et facilement il se rendra compte que, d'après : 1° M. Chavegrin, 2° la Cour de Paris, 3° les praticiens et les justiciables, la question en cause est une question de droit.

étendre peu à peu son influence régulatrice à tout le domaine juridique privé. M. Gény, dans son grand ouvrage, a parfaitement décrit cette évolution historique, en même temps qu'il en a établi la nécessité et la légitimité (1).

Mais si, dans les nombreux cas où l'interprétation des actes juridiques constitue une question de droit, la Cour de cassation *peut* faire sentir positivement son contrôle, nous sommes bien loin de prétendre que toujours elle le *doive*. Et, reprenant ici, à notre point de vue spécial, une idée féconde de M. Gény (2), nous dirons avec le savant auteur qu'en face de certaines questions de *droit*, qui, comme telles, n'échappent certes pas à sa compétence largement entendue, la Cour de cassation n'est pas toujours tenue de se prononcer catégoriquement, et qu'une abstention prudente est souvent pour elle la conduite la plus sage. Ainsi en est-il, par exemple, lorsque l'espèce en cause offre des aspects si particuliers et tellement uniques que l'établissement d'une « jurisprudence » est manifestement inutile ; ou encore lorsque les éléments de droit sont à ce point liés aux éléments de fait qu'on ne saurait les en séparer pour en faire l'objet d'une décision abstraite, susceptible d'une généralisation virtuelle (3). Cette attitude de réserve s'impose aussi lorsque, à raison de la nouveauté ou de la complexité de la question agitée, la Cour de cassation ne s'es-

(1) Nous nous bornons donc à y renvoyer le lecteur. — V. Gény, *Méthode*, nos 41, 45 et 177 s.

(2) Gény, *Méthode*, p. 568 s.

(3) Toute question de droit doit en effet pouvoir se présenter sous forme abstraite et générale, même lorsqu'il s'agit d'une simple application de l'équité. — Sur la manière dont l'*équité* engendre des normes juridiques abstraites et générales (Ex. : droit prétorien romain, droit anglais d'*equity*, droit jurisprudentiel français), V. Miceli, *Lezioni di filosofia del diritto*, t. II, 1909, p. 253.

time pas encore en possession d'une opinion précise et ferme, ayant chance d'être définitive : plutôt qu'une cassation prématurée, bientôt suivie peut-être d'un déconcertant revirement de jurisprudence, mieux vaut assurément un *non liquet* ou un *non expedit* (1), c'est-à-dire un arrêt de rejet qui, tout en écartant le pourvoi, évite d'approuver formellement la décision attaquée.

Mais, hormis ces hypothèses et quelques autres analogues, dont la détermination doit être abandonnée à la sagesse de la Cour suprême, nous croyons qu'il est utile et même nécessaire qu'un contrôle positif vienne assurer l'unité et la régularité dans l'interprétation juridique. Cette intervention de la Cour de cassation s'impose d'une manière particulièrement pressante, lorsqu'il s'agit de ces variétés de contrats, de nos jours si importantes, auxquelles on a donné le nom de contrats d'adhésion. L'espèce à juger s'y présente en effet presque toujours sous la forme d'un « cas abstrait » destiné à se reproduire indéfiniment, toujours semblable à lui-même. Véritables lois collectives, les clauses des contrats d'adhésion tendent à s'interpréter comme des lois, c'est-à-dire *in abstracto* et par voie de dispositions générales, le juge ne prenant de fait en considération ni les circonstances particulières de la formation de chacun de ces actes, ni la psychologie subjective concrète des parties. Un vaste champ d'examen s'ouvre donc là pour la Cour de cassation. Une abstention systématique, fondée sur de prétendues recherches d'intentions, constituerait de sa part une abdication, pour ne pas dire un déni de justice.

Aussi bien est-ce dans cette voie d'un contrôle plus effectif de l'interprétation des actes juridiques que paraît s'être

(1) Cf. Gény, *op. cit.*, p. 569.

orientée depuis un demi-siècle notre juridiction suprême (1). Sous prétexte d'assurer le respect de la volonté des parties en empêchant les tribunaux de « dénaturer le sens des clauses claires et précises », elle a maintes fois tranché de véritables questions de droit et imposé son opinion aux juges du fond. De nombreux auteurs ont critiqué cette jurisprudence (2). Nous ne faisons, quant à nous, aucune difficulté de reconnaître que la distinction, qui lui sert de base, entre les clauses obscures et les clauses claires des contrats, ne nous paraît pas très heureuse. Aussi est-ce à un tout autre point de vue que selon nous on devrait se placer pour délimiter le champ d'action de la Cour suprême. Il ne s'agit pas de distinguer entre des textes clairs et des textes obscurs, mais entre des volontés réelles et des volontés fictives, c'est-à-dire entre des questions de fait et des questions de droit. Déterminer sur un point en litige la volonté réelle des parties, c'est toujours une question de fait : peu importe l'obscurité ou la clarté apparente de la lettre du contrat. Mais rechercher, dans le silence des volontés, la solution la plus juste, la plus équitable, la plus conforme aux besoins du crédit et à l'intérêt général, sauf à imaginer ensuite dans le sens de cette solution une volonté fictive, c'est agiter une question de droit.

Que la Cour de cassation n'hésite donc pas, quand besoin est, à « dire le droit » (3). Contre l'arbitraire tant

(1) V. Planiol, *Traité*, II, 4e éd., n° 1184. — Voy. surtout les nombreuses décisions citées dans Gauguier, thèse, p. 234 s., et dans Dereux, thèse, p. 78 s.

(2) V. dans ce sens Gauguier, thèse, p. 237 s., qui invoque, à l'appui de son opinion, Duranton, Rivière, Demante et Colmet de Santerre, Aubry et Rau, Mourlon, Boitard, Glasson, Marcadé, etc... — Voy. aussi, à un tout autre point de vue, les critiques de M. Dereux, dans sa thèse, p. 86 s.

(3) D'après un très ancien arrêt de la Cour de cassation, la viola-

redouté, son intervention régulatrice sera le plus efficace des remèdes. Grâce à elle, on ne verra plus, ou du moins on ne verra pas si souvent des procès semblables résolus en des sens opposés par les divers tribunaux, au nom de « communes intentions » manifestement fictives. On ne verra plus, par exemple, dans des circonstances identiques la même clause d'un bail, d'une police d'assurance ou d'un titre d'obligation, interprétée différemment à Bordeaux et à Paris, à Besançon et à Dijon. Ces contrariétés de jugements ne sont pas seulement un scandale pour l'opinion publique ; par l'incertitude qu'elles entraînent parmi les justiciables, elles constituent une cause perpétuelle de procès. La vie juridique contemporaine exige qu'au lieu de n'apprendre le droit que par le procès lui-même, — car, chose bizarre, dans le système classique, ce n'est qu'au moment du jugement que les parties savent en fait ce qu'elles sont censées avoir voulu lors du contrat, — on le sache *d'avance* autant que faire se peut, pour pouvoir prendre ses mesures en conséquence, amiablement et sans frais (1). Or, il n'en sera ainsi en matière d'interprétation, que lorsque la Cour de cassation interviendra résolument pour imposer à

tion des règles d'équité ne peut donner ouverture à cassation (Req., 14 déc. 1807, *Dalloz, Rép.*, V° *Cassation*, n° 1305). Un arrêt relativement récent de la Cour de cassation de Turin a statué dans le même sens (10 juill. 1896, dans *La Giurisprudenza* di Torino, 1896, p. 485). On voit, par tout ce qui précède, que, sous les réserves déjà faites, nous sommes d'un avis différent. Peut-être, d'ailleurs, avons-nous donné au mot *équité* un sens plus large que ne le font ces arrêts.

(1) Cf. Carl Crome, *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français*, dans *Livre du centenaire*, p. 590, que nous citons presque textuellement. — Cf. sur ce besoin de certitude juridique, que ressent de plus en plus le monde moderne, Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897, p. 76 s. ; Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 63 s.

tous les tribunaux la même solution des mêmes questions juridiques. Seule elle engendrera, par un contrôle prudent, mais étendu et ferme, l'unité, la sûreté et la stabilité dans l'application générale du droit. Et ainsi, c'est sur un terrain élargi qu'elle poursuivra, en l'amplifiant, son œuvre féconde, que naguère un éminent jurisconsulte allemand qualifiait en ces termes : « Lorsque notre justice d'Empire dit le droit, elle ne le fait que pour l'Allemagne ; lorsque c'est la Cour de cassation de France, elle dit le droit pour le monde entier (3). »

A supposer que ce fût là le seul résultat pratique des récentes controverses sur l'acte juridique, elles n'auraient pas été inutiles.

Appendice. — *Les contrats d'adhésion.*

Nous avons déjà maintes fois parlé des contrats d'adhésion. Quelques mots sur leur interprétation et sur leurs relations avec le principe d'autonomie ne seront sans doute pas déplacés ici.

Ce qui distingue avant tout les contrats d'adhésion, ce n'est pas seulement, ni même principalement, leur caractère d' « offre au public », comme semble le supposer M. Dereux dans une interprétation, selon nous inexacte, d'une définition célèbre de M. Saleilles (Dereux, *Rev. trim.*, 1910, p. 508) ; c'est ce fait qu'à ces contrats se trouve jointe toute une réglementation de leurs effets et de leur mode d'exécution, qui, au lieu de procéder des deux par-

(1) Crome, *Intensive und extensive Bedeutung des französischen Privatrechts*, article publié dans le premier numéro de la *Rheinische Zeitschrift für Civil und Prozessrecht* (cité dans Saleilles, *L'origine du droit et du devoir*, *Rev. de phil.*, 1909, t. XV, p. 154).

ties, est l'œuvre unilatérale d'une seule d'entre elles : celle-ci jouissant ainsi, non seulement d'une prépondérance économique manifeste, mais encore, au point de vue juridique, d'un véritable « pouvoir réglementaire » (Cf. Hauriou, note au *Sirey*, 1908.3.19). De même que, lorsque je participe à une vente, je me contente de fixer l'objet et le prix, laissant aux « lois interprétatives » le soin de régler dans le détail les diverses répercussions juridiques de mon acte, de même quand je m'assure contre l'incendie, je ne précise, de concert avec l'assureur, que les objets assurés, le montant des primes et le chiffre de l'indemnité ; quant aux multiples conséquences juridiques du contrat et aux modalités de son exécution, elles ont été préalablement déterminées sous forme réglementaire par la Compagnie d'assurance ; et la fiction serait assurément la même à dire qu'en contractant je *veux* toutes les clauses imprimées de la police, qu'à prétendre qu'en concluant une vente je *veux* toutes les lois interprétatives fixées par le Code civil.

Il y a ainsi une analogie très frappante entre : 1° la partie réglementaire ou statutaire des contrats d'adhésion ; 2° les lois interprétatives ou complétives fixées par le Code civil pour la vente, le louage et divers autres contrats ; et aussi, pouvons-nous ajouter : 3° les contrats collectifs. C'est toujours une réglementation, faite à l'avance et une fois pour toutes, d'une série indéterminée de contrats futurs.

Il n'est pas besoin de faire remarquer — l'expérience le prouve suffisamment — que, de ces trois modes de réglementation, le premier est moins apte que les deux autres à satisfaire les exigences de la justice et les besoins de la vie sociale. Il tend, du reste, de nos jours à leur céder la place : car, d'une part, l'intervention du législateur est de plus en plus active (législation du travail, remplaçant les règlements

d'atelier, — projets de loi snr le contrat d'assnrance, etc.), et, d'antre part, la constitntion de syndicats pnissants et d'importantes lignes de consommatenrs a ponr résnltat de snbstitner pen à peu à la réglementation unilatérale nne réglementation par voie de *contrat collectif* (Exemple : en avril 1911 les journanx ont parlé d'une *Ligue des assurés* qni s'est constituée en vue de ce résnltat).

Conclusion : véritable nature du contrat d'adhésion. — Dans tout contrat d'adhésion, il y a : 1° nn *contrat* proprement dit, parfaitement identiqne anx contrats ordinaires ; 2° nne réglementation par volonté nnilatérale de la sitnation jnridiqne née de ce contrat (clanses imprimées des polices, règlements d'atelier, règlements des chemins de fer, etc.).

Conséquences : 1° Le contrat proprement dit s'interprète comme tout antre contrat. — 2° Qnant à la partie réglementaire, par exemple anx clauses imprimées des polices d'assurance : d'une manière générale, elles seront interprétées non pas avec cette rigidité qui est traditionnellement de mise en matière de *contrats*, mais avec cette sonplesse et snivant cette méthode de perpétuelle mise au point, qui caractérisent l'interprétation des *lois* et des *règlements*. Le juge jouira à leur égard de ponvoirs étendns de contrôle et d'adaptation (V. G. Fortier, *Pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, thèse de Dijon, 1909) ; il les appliqnera « dans le sens de ce qu'exigent et la bonne foi et les rapports économiqnes en jen » (Saleilles, *Décl. de vol.*, p. 230 ; cf. Saleilles, *Bull. de la Soc. d'ét. lég.*, 1906, p. 216). — D'nne manière plns spéciale : *a*) puisqne les clauses imprimées des polices ne sont pas des éléments constitutifs dn *contrat* proprement dit, l'application de l'article 1341 — derrière lequel se sont souvent retranchées les Compagnies d'assurances — doit être écartée, sans qu'il y ait à se deman-

der si le contrat envisagé est de nature civile ou de nature commerciale ; *b*) de même que les « lois interprétatives » sont tenues en échec par des usages contraires bien établis, de même les clauses imprimées cesseront de trouver application lorsque des usages constants auront institué un *modus vivendi* différent. Ainsi s'expliquera, très simplement, la jurisprudence bien connue relative aux clauses des polices qui stipulent les primes « portables », jurisprudence qu'il est si malaisé de justifier du point de vue strictement classique (Cf. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XVI, p. 244-245) ; *c*) si les clauses imprimées des polices sont de même nature que les lois interprétatives, elles ne doivent pas s'imposer avec une intensité plus grande. Assurément, comme les lois interprétatives, elles s'appliquent, en principe, alors même que l'assuré n'aurait aucunement porté sur elles son attention ; et il ne suffirait pas, pour les écarter, d'affirmer qu'il y a « *doute* sur l'intention des parties » (Cass., Ch. civ., 30 juin 1874, D. P. 76.1.395). Mais lorsqu'il est prouvé que « l'intention de déroger résulte des circonstances dans lesquelles les parties ont contracté », ces clauses sont déclarées à bon droit inopérantes (Cass. req., 6 février 1877, D. P. 77.1.148). Tout récemment, la Cour de Nancy a jugé que « les tribunaux peuvent refuser de donner effet à une clause imprimée, lorsqu'il apparaît que les parties ont eu l'intention d'y déroger » (Nancy, 14 mai 1906, D. P. 1907.5.49). — De ces principes l'arrêt du 6 février 1877 a fait une intéressante application. Peut-être nos tribunaux pourraient-ils, dans bien d'autres cas, en tirer un heureux parti.

N.B. — Les clauses des contrats d'adhésion n'ont été envisagées ici que comme réglementant une série de contrats individuels. Mais ce serait bien mal les comprendre

que de se borner à les considérer sous ce seul aspect. Nous établirons plus loin que très souvent ces clauses ne sont pas de nature *contractuelle*, mais de nature *statutaire* ; elles constituent au fond la charte d'une *institution* ; et elles s'imposent alors aux individus non en tant qu'ils sont parties à un contrat, mais en tant qu'ils sont membres d'une collectivité organique (*infra*, ch. IV, sect. II).

CHAPITRE IV

VOLONTÉ INDIVIDUELLE ET DROIT OBJECTIF.

Les répercussions juridiques du « dogme de la volonté » qu'il nous reste à étudier peuvent se grouper autour des deux idées suivantes. Nous montrerons, à l'aide d'exemples choisis dans les diverses parties du droit privé : 1° Comment la doctrine que nous critiquons a déterminé chez les auteurs classiques une habituelle tendance à attribuer à la volonté individuelle des effets de droit dont elle n'est pas la vraie source ; 2° Comment, en exaltant outre mesure les idées de contrat et d'autonomie, les juristes ont été conduits à méconnaître les éléments non contractuels inclus dans les situations contractuelles, et, d'une manière plus générale, à méconnaître les « situations de droit objectif » et les « institutions » (1). En d'autres termes, tantôt ils ont dissi-

(1) Ces expressions, qu'à défaut d'autres nous emploierons dans la suite, sont empruntées, la première à M. Duguit (*Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, 2e éd., 1911, p. 82 ; cf. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 196 et s.), la seconde à M. Hauriou (*Précis de droit administratif*, 6e éd., p. 1 et s. : *L'institution et le droit statutaire*, *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, p. 134 et s. ; *Principes de droit public*, 1910, p. 123 et s.). — Malgré les riches développements que lui a consacrés M. Hauriou, la théorie de l'institution ne laisse pas de renfermer encore, dans sa partie positive, certaines obscurités. Mais c'est à la partie négative que nous voulons principalement nous référer : c'est surtout en tant qu'elles sont irréductibles au contrat que l'institution et la situation de droit objectif nous intéressent dans ce chapitre. — Sur l'institution, voy. aussi Saleilles, *De la personnalité morale*, 1910, p. 558 et s.

mulé derrière des volontés subjectives des effets de droit objectif, tantôt, chose infiniment plus grave, ils ont positivement nié le droit objectif, lorsque les volontés subjectives ne lui pouvaient servir de support. « Cela est juste, donc cela a été voulu. — Cela n'a pas été voulu, donc cela n'est pas juste » : telle a été la double forme de leur habituelle argumentation, dont la majeure, presque toujours inexprimée, est trop connue du lecteur pour avoir besoin d'être une fois de plus formulée.

SECTION I. — De la tendance classique à attribuer à la volonté des effets de droit objectif.

Nous examinerons brièvement trois ou quatre exemples.

I. — Quelques mots d'abord au sujet des *quasi-contrats*. Pénétrés de cette idée que le contrat est la source type des obligations et des droits, les juristes ont inventé, en face de situations juridiques qui, en dehors de tout contrat proprement dit, méritaient consécration, la théorie artificielle des quasi-contrats. Or, qu'est-ce qu'un quasi-contrat? C'est « un contrat qui n'en est pas un (1) » ; c'est un contrat auquel il manque précisément ce qui, de l'avis général, constitue l'essence de tout contrat : un échange de consentements. Aussi M. Planiol dit-il très justement : « Il n'y a peut-être pas dans le droit tout entier une expression qui soit plus fausse ni plus trompeuse... Il n'y a pas une seule hypothèse où une personne devient débitrice d'une autre, parce qu'elle a *presque fait avec elle un contrat* (2). »

(1) Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, p. 314.

(2) Planiol, *Traité*, t. II, 4e édit., n° 811. Cf., dans le même sens, Girard, *Manuel de droit romain*, 4e éd., p. 389, n. 3 ; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 181 ; Dereux, thèse, p. 38-40 et

Remarquons d'ailleurs que si vraiment le contrat possède seul l'efficacité juridique créatrice, expliquer certaines obligations par des *quasi*-contrats, c'est n'en donner qu'une *quasi*-explication...

On objectera sans doute que nos critiques procèdent d'une méprise : la théorie des quasi-contrats n'a pas pour but, dira-t-on, de justifier la naissance de certaines obligations, de qualifier les faits d'où elles dérivent, mais d'indiquer le régime qui leur est applicable, d'en résumer à l'aide d'une *comparaison* commode les suites juridiques (1). Ainsi, dire que la gestion d'affaires est un quasi-contrat, c'est dire tout simplement que ses *effets* sont *analogues* à ceux d'un contrat de mandat.

Que tel ait été le sens premier de l'expression de quasi-contrat : c'est fort possible. Mais il est certain que les juristes ne s'y sont pas tenus. A qui en douterait, il suffirait de rappeler que c'est bien dans la théorie des *sources* des obligations qu'ils étudient les quasi-contrats ; que, suivant le texte même de la loi (art. 1370, C. civ.), les obligations « résultent » des quasi-contrats ; que législateur et jurisconsultes définissent les quasi-contrats « des faits volontaires » (2), « pour marquer, dit Laurent, que la volonté de l'homme y joue un rôle » (3). D'un autre côté, que de fois

p. 314 ; Boistel, *Phil. du droit*, t. I, p. 395 et 352 et s. Boistel propose (p. 394) de réserver le nom de quasi-contrat aux opérations juridiques dans lesquelles les deux manifestations de volonté, au lieu de concourir comme dans le contrat, sont séparées par un intervalle de temps. — A consulter aussi la thèse de M. Goublet, *La notion du quasi-contrat*, Paris, 1904.

(1) V. par ex., Demolombe, t. 31, nos 4 et 5.

(2) C. civ., art. 1371 ; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1re édit., p. 208 et p. 212. — *Contra,* Planiol, t. II, no 811 *in fine*.

(3) Laurent, t. XX, no 308.

n'a-t-on pas dit et redit que dans les quasi-contrats « les parties sont censées consentir » ; que « le consentement est supposé, présumé » (1) ! Et n'a-t-on pas déduit de cette assimilation du quasi-contrat au contrat cette étrange conséquence que, dans tous les cas, pour être valablement engagées, les parties devaient être *capables de contracter* ? N'enseigne-t-on pas couramment qu'une femme dotale ne peut pas davantage être obligée sur ses biens dotaux par un quasi-contrat que par un contrat (2) ? Or tout cela ne prouve-t-il pas surabondamment que la *comparaison* primitive, si simple comparaison il y a eu, a été prise pour une *raison* (3), et qu'en conséquence nos critiques sont fondées ?

Quel est donc le vrai fondement de l'obligation quasi-contractuelle ? Ce n'est pas la volonté, réelle ou supposée, des intéressés : l'obligation prendrait naissance malgré la manifestation d'une volonté contraire. C'est l'équité, c'est le juste objectif. Moins imbus que nous du dogme contractuel, nos anciens auteurs s'en étaient parfaitement rendu compte. *Bonum et aequum vincit et obligat,* disait Dumoulin ; et Pothier ne s'exprimait pas autrement (4). Les quasi-

(1) Laurent, *loc. cit.* ; Heineccius, *Institutes*, § 966. — L'école solidariste semble avoir souvent interprété dans ce sens la théorie du quasi-contrat. V. par ex. L. Bourgeois, dans *Essai d'une philosophie de la solidarité*, 1902, p. 52 et s. et p. 79. Cf. C. Bouglé, *Le solidarisme*, 1907, p. 65 et s.

(2) Guillouard, *Contrat de mariage*, t. IV, nos 1860, 1861 et 1734 ; Aubry et Rau, 4e éd., t. V, § 538, n° 81. Cf. Cass., 3 mai 1893, D. 93. 1.349. Sur cette question de capacité en matière de quasi-contrats, V. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 790 et s.

(3) Cf. Dereux, p. 40 ; Boistel, t. II, p. 395. Comp. Goublet, thèse, p. 3 et s.

(4) V. les citations de Dumoulin et de Pothier rapportées dans Planiol, *Traité*, t. II, 4e éd., p. 257, n. 2.

contrats ne découlent pas du dogme de l'autonomie, mais du grand principe de l'*enrichissement indu*, qui, sous des formes diverses, domine tous les rapports patrimoniaux de droit privé (1). *Jure naturae aequum est cuique suum tribuere* : *suum*, en rapport non avec sa volonté, réelle ou présumée, mais avec les exigences supérieures de l'ordre juridique objectif.

Cette origine extra-volontaire des quasi-contrats est particulièrement évidente en matière de *paiement de l'indu*. Or c'est précisément à propos de cet exemple qu'il a été le plus abusé de l'explication contractuelle. Non seulement on a répété avec d'anciens textes que l'obligation de restituer naissait *quasi ex mutuo*, mais des jurisconsultes « d'un grand mérite » (2) ont imaginé ici un véritable contrat tacite : toute personne qui reçoit un paiement s'engagerait tacitement à le restituer, s'il est ensuite démontré qu'aucune dette n'existait. Nous jugeons inutile d'établir combien fictive et puérile est cette explication, dont on pourrait déduire au reste des conséquences manifestement inadmis-

(1) V. Planiol, II, n° 812 ; Boistel, *Phil. du droit*, I, p. 395. Sur l'importance de ce principe de l'enrichissement indu, auquel nous aurons maintes fois à faire appel, voy. G. Rippert et M. Teisseire, *Essai d'une théorie générale de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, dans *Rev. trim.*, 1904, p. 727 s. ; Theodoroff, *De l'enrichissement sans cause*, th. de Toulouse, 1907, Introduction ; Paul Chaine, *L'enrichissement sans cause dans le droit civil français*, th. de Lyon, 1909 ; Hauriou, *Principes de droit public*, p. 191. Sur l'élargissement, dans la jurisprudence la plus récente, de la théorie de l'enrichissement indu, voy. Demogue, *Rev. trim.*, 1911, p. 434-436 ; cf. G. Ripert, *Rev. crit.*, 1907, p. 207 s. — A noter que les législations nouvelles abandonnent la théorie des quasi-contrats et font une place plus grande à la notion d'enrichissement sans cause. C. civ. all., §§ 812 s. ; C. civ. jap. (1896), art. 703 s. ; C. féd. obl. (1911), art. 62 s.

(2) Toullier-Duvergier, *Droit civil français*, 6e éd., t. VI, p. 15. Ces jurisconsultes sont d'ailleurs critiqués par Touillier.

sibles. Nous nous contenterons d'une simple remarque, d'ordre historique, qui suffit, croyons-nous, à condamner toute la théorie classique des quasi-contrats : c'est que les peuples primitifs semblent connaître le quasi-contrat avant de connaître le contrat. On est obligé de réparer un dommage injuste et de restituer un enrichissement indu, avant qu'on ne le soit de tenir sa parole. A Rome en particulier, l'action en répétition de l'indu et les autres quasi-contrats du même groupe ont précédé le *mutuum* ; ils n'en dérivent donc pas. Bien loin d'être l'origine de ces quasi-contrats, c'est au contraire le *mutuum* qui en procède. De savants romanistes (1) ont parfaitement démontré que le *mutuum* a été sanctionné d'abord sur un terrain extra-contractuel, et en vertu d'un principe absolument indépendant de l'idée de convention, en vertu du principe qui est à la base de toute la théorie des *condictiones* et de l'enrichissement sans cause (2). En sorte que ce n'est pas le quasi-contrat qu'il faut réduire au contrat ; mais *c'est bel et bien le contrat qui est quasi un quasi-contrat*. Pareille affirmation a tout l'air d'un paradoxe. Ce paradoxe est pourtant plus près de la vérité historique, et, ajouterions-nous volontiers, de la vérité philosophique, que la conception traditionnelle des juristes. Mais n'anticipons pas sur nos développements ultérieurs.

II. — Des quasi-contrats passons aux *contrats réels*, dont le *mutuum* vient de nous fournir un exemple. Ici encore

(1) Pernice, *Labeo*, III, 1, Halle, 1892, p. 219 s. ; Girard, *Nouv. rev. hist.*, 1895, p. 413 s. ; *Manuel*, 4e éd., p. 506 et p. 612-613. — Cf. pour l'ancien droit germanique, Brissaud, *Manuel*, p. 1380 s.

(2) Celse, Dig. 12. 1. De R. C. 32 : « pecunia mea [quae] ad te pervenit, cam mihi a te reddi *bonum et aequum est* ».

nous constaterons une pénétration intempestive du dogme de l'autonomie et de l'idée d'obligation conventionnelle.

Les contrats réels sont unilatéraux : l'une seulement des parties y contracte un engagement : celle qui reçoit la *res*. Mais dans trois d'entre eux : le commodat, le dépôt, le gage, des obligations peuvent naître après coup à la charge de l'autre contractant. Par exemple, si, dépositaire d'un objet, j'ai dû faire des frais pour sa conservation, le déposant sera tenu de me les rembourser. Or, cette obligation, qu'on considère d'ordinaire comme contractuelle, et qui dès l'époque romaine était sanctionnée par l'action du contrat (*actio depositi contraria*), a-t-elle véritablement sa source dans la volonté des contractants ? Pas le moins du monde. Son fondement est le même que celui des quasi-contrats ; c'est tout simplement le principe supérieur d'équité que nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui, ou souffrir indûment un dommage du fait d'un autre. La preuve, c'est que l'obligation de rembourser les impenses subsisterait alors même que le contrat eût été nul ou qu'il n'y aurait eu aucun contrat. Elle existe au profit de tout détenteur du bien d'autrui qui succombe dans une revendication (1).

Reste l'obligation principale de restituer qui pèse sur l'*accipiens*. Peut-on dire, de celle-là tout au moins, qu'elle procède des volontés contractantes ? Pas davantage. Quand une situation juridique donne naissance à une obligation, cette obligation ne peut être qualifiée de contractuelle, ou, plus exactement, elle ne peut être rattachée à la volonté individuelle comme à sa source, que si la volonté est nécessaire et suffisante pour la faire naître. Or tel n'est pas ici le

(1) Dans ce sens : Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, p. 458 ; Planiol, II, n° 950.

cas (1). L'obligation de rendre ne repose pas sur la volonté de l'obligé, mais sur ce fait qu'il détient un élément du patrimoine d'autrui et qu'en conséquence il doit le rendre. Il a beau se produire entre les parties l'accord de volontés constitutif du contrat ; tant que la numération des deniers ou la tradition de la chose n'ont pas lieu, aucune obligation de rendre ne prend naissance. Le plus élémentaire bon sens affirme qu'on n'est tenu de *rendre* que ce qu'on a *reçu*. Et il n'y a pas de législation au monde où il puisse en être autrement. Sans la *res*, la volonté est donc inopérante. Mais la *res* sans la volonté suffit : si un bien quelconque appartenant à autrui arrive en ma possession, je suis obligé de le restituer, quelle que soit la cause qui en rend la conservation illégitime (2). Peu importe qu'il y ait eu ou non contrat. Et peu importe, s'il y a eu contrat, que la volonté des parties ait été ou non entachée d'un vice (3). L'existence d'un contrat apporte sans doute, au point de vue de la preuve, des facilités notables ; les contractants ont, d'autre part, la faculté de se lier par des obligations accessoires ou supplémentaires ; mais l'engagement principal ne dérive pas de leur volonté. A sa source, il n'y a pas le Willens-

(1) Cf. Planiol, II, 4e éd., n° 996 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, n° 23 ; Girard, *Droit romain*, 4e éd., p. 436, n. 3 ; Raoul de la Grasserie, *De la volonté comme source d'un droit*, *Rev. crit.*, 1911, p. 316. — Voy. cependant Combescure, *Rev. crit.*, 1903, p. 477 s., et Plesnila, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, th. Paris, 1910.

(2) Il est bon de se rappeler qu'avant d'ériger le commodat, le dépôt et le gage au rang de contrats proprement dits, les Romains les ont d'abord sanctionnés, comme le mutuum, sur le terrain extra-contractuel, en se fondant sur le principe que nous énonçons au texte. — Cf. Girard, 4e éd., p. 524.

(3) Cf. à certains égards, l'idée classique de *dépôt nécessaire*.

dogma, mais nn principe objectif de jnstice : chacnn doit rendre à chacnn ce qni lni appartient.

III. — Il est d'antres sitnations jnridiqnes, dont on ponrrait fort jnstement prétendre que la volonté y est d'ordinaire la condition nécessaire de la naissance d'effets de droit. Mais, toujonrs dominés par le dogme de l'autonomie, les juristes classiqnes ont nne tendance à les analyser antrement. De la simple *condition* ils font la *cause* proprement dite ; on, si l'on préfère, ils érigent la canse occasionnelle en canse efficiente. L'effet de droit procédant *cum voluntate*, ils croient et ils disent qn'il procède *ex voluntate*. Là où il n'y a qu'nn fait matériel volontaire qni conditionne l'application d'nne règle objective de droit, ils voient l'acte créatenr d'nne volonté antonome, dont l'ordre jnridiqne se borne à sanctionner les commandements.

Une comparaison fera bien saisir la confusion commise. Snpposons qne je fixe mon domicile à Dijon. En ce faisant, j'accomplis nn acte volontaire. Les conséqnences jnridiqnes qne le droit attache à mon établissement dans cette ville se prodnisent donc, si l'on veut, *cum voluntate*. Mais sont-ils *ex voluntate* ? Peut-on voir en enx nn effet de mon antonomie individnelle ? Dira-t-on, par exemple, qne ma volonté est le fondement jnridiqne de la compétence à mon endroit des tribnnanx de Dijon ? Non, assnrément. La fixation de mon domicile à Dijon est nn fait volontaire, c'est entendn. Mais il est bien évident qne la détermination des conséqnences jnridiqnes qni déconlent de ce fait volontaire est l'œuvre dn senl droit objectif. La volonté n'y a ancnne part (1).

(1) De même, c'est bien par un acte volontaire que, conformément

Or la confusion dont on sait ici se garder, on n'hésite pas à la commettre dans une foule d'autres cas où elle n'est pas moins choquante. Nous la trouvons, par exemple, sous forme très sensible dans maints passages du traité bien connu de M. Capitant (*Introduction à l'étude du droit civil*) (1), si classique d'inspiration, et que nous citerons ici d'autant plus volontiers qu'il représente un effort remarquable pour coordonner et réduire en formules précises et claires les conceptions éparses, fragmentaires et souvent fort vagues de la science juridique traditionnelle. Ainsi, au chapitre V (*De la naissance et de l'extinction des droits*), l'auteur entreprend une classification des « faits juridiques », c'est-à-dire des « événements qui font naître les droits, les transmettent ou les modifient » (p. 207). Après avoir distingué parmi ces faits des événements accidentels, indépendants de la volonté de l'homme (v. gr. la mort, la naissance, le fait du voisinage) et des actes volontaires, il divise ceux-ci en deux grandes catégories seulement : actes juridiques proprement dits et actes illicites (délits, quasi-délits). La notion d'acte juridique prend ainsi une extension très grande : est un acte juridique tout fait volontaire et licite, déterminant l'apparition d'effets de droits. Et M. Capitant cite comme exemples, à côté des conventions et du testament : le quasi-contrat (p. 208 et p. 212), le paiement (p. 211 et 215, note 1), la tradition (p. 211), l'occupation, l'aban-

à l'article 252, les époux requièrent la transcription du divorce ; mais ce n'est pas leur volonté qui en détermine les effets.

(1) Paris, Pedone, 1898 ; 2e éd., 1904 ; 3e éd., 1912. Nous citons ici d'après la première édition, où les traditionnelles confusions que nous croyons devoir signaler sont plus apparentes. Dans les éditions postérieures, malgré de notables modifications, elles sont loin d'avoir complètement disparu.

don, la reconnaissance d'un enfant naturel (p. 212), l'acquisition du gibier ou du poisson par la chasse ou la pêche (p. 210, note 1), voire la possession (p. 242).

Jusqu'ici nous nous abstiendrons volontiers de toute critique. Il ne s'agit en somme que d'une question de terminologie scientifique ; et l'on sait qu'en pareille matière la plus grande liberté est de règle (1). *In verbis simus faciles* ! Mais là où le Willensdogma fait son apparition et vient tout brouiller, c'est quand il y a lieu de donner une définition précise de l'acte juridique aussi largement entendu et d'en construire une théorie. « On appelle actes juridiques, dit M. Capitant, les *déclarations de volonté* qui ont spécialement pour but de créer, de modifier ou d'éteindre des droits.... Ce qui caractérise ces actes, c'est, d'une part, qu'ils sont faits avec l'intention de produire un effet juridique, et, d'autre part, que l'effet juridique est intimement lié à la volonté de l'auteur de l'acte et ne peut se réaliser indépendamment de cette volonté. La déclaration de volonté est donc l'élément essentiel de tout acte juridique. Ainsi le délit, c'est-à-dire l'acte par lequel je cause injustement un dommage à autrui, n'est pas un acte juridique, parce que la volonté ne joue plus ici un rôle prépondérant..... (2) ». Dès lors, on le comprend aisément, toute la théorie de l'acte juridique va se borner à une théorie de la volonté et de ses vices, des formes imposées à ses manifestations, des modes de son interprétation (3), etc..., en un

(1) Rappr. les réflexions de Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7e éd., p. 167 en note.

(2) P. 209-210.

(3) On dira, par exemple, qu'interpréter un acte juridique, c'est « rechercher quelle a été la volonté des parties » (p. 301) et que les règles d'interprétation établies par le Code civil à propos des conven-

mot à une théorie de la création du droit par la volonté individuelle. Et, comme on a commencé par ériger l'acte juridique en source presque unique de tous les effets de droit, on n'aurait certes plus aucune peine, après cela, à prétendre que « nul n'est obligé sans l'avoir voulu » et que la règle de l'autonomie de la volonté est le principe primordial du droit moderne !

Reprenons quelques-uns des exemples de M. Capitant et confrontons-les avec sa définition de l'acte juridique.

Sur la nature véritable du *quasi-contrat* nous savons déjà à quoi nous en tenir. Nous n'insisterons donc pas. Disons simplement qu'on éprouverait sans doute quelque difficulté à appliquer *in terminis* la définition en question au paiement de l'indu et à découvrir la « déclaration de volonté » qui en constitue « l'élément essentiel »...

Dans l'énumération des actes juridiques figure aussi le *paiement*. Qu'il y ait normalement dans le paiement un concours de volontés et comme une sorte de convention, nous le croyons sans difficulté. Mais que cette convention constitue « l'élément essentiel » de l'opération et la source véritable de l'effet juridique produit, c'est ce que le sens commun se refusera toujours à admettre. Pour le sens commun, payer c'est verser des deniers, c'est, d'une manière plus générale, effectuer la prestation, objet de l'engagement, c'est établir entre les deux patrimoines en présence l'équilibre exigé par la justice. Il n'y a pas de manifestation de volonté qui puisse remplacer cette prestation (1). Quand je

tions peuvent être généralisées et étendues « à tous les actes juridiques quels qu'ils soient », parce que « tous ces actes ont pour caractère commun de reposer sur la volonté des parties » (p. 302).

(1) Nous excluons, bien entendu, l'hypothèse d'une *remise de dette*, car dans ce cas il ne s'agit plus d'un *paiement*, mais d'une autre opération juridique, soumise à des conditions propres.

paie, je ne suis libéré que par le versement effectif des espèces et seulement dans la mesure de ce versement. La volonté est ici l'accessoire. L'essentiel, c'est la *res*, comme dans le *mutuum*, dont à tous égards le paiement peut être rapproché. A lire certains juristes, il semblerait vraiment que la numération des deniers ne fût en quelque sorte que la « déclaration » de la volonté des parties, la figure extérieure que doit revêtir pour être efficace cette volonté ; ce serait un élément artificiel et de pure forme, quelque chose d'analogue à l'écriture du contrat littéral ou aux *verba* de la stipulation romaine : dernier vestige du formalisme antique, destiné lui aussi à disparaître un jour devant le grand principe de l'indépendance illimitée du vouloir humain ! (1).

Moins encore que le paiement, l'*occupation* n'est susceptible de cadrer avec la définition proposée. Et ce fut une étrange illusion chez les promoteurs de la théorie de la « volonté unilatérale comme source d'obligations » de croire que le phénomène juridique de l'occupation constituait une application de leur système (2). L'occupation est avant tout la prise de possession d'un objet ; c'est un fait d'ordre matériel ; ce fait est sans doute volontaire ; mais ce n'est en aucune façon une *déclaration* de volonté. Pour déterminer les effets juridiques de l'occupation, il n'y a ni volonté, ni déclaration à interpréter. C'est le droit objectif qui, d'autorité et sans égard pour la volonté subjective de

(1) On pourrait raisonner exactement de même sur la *tradition*. Pernice a justement protesté contre l'opinion répandue qui présente la tradition comme un véritable contrat (Cf. Girard, *Manuel*, 4e éd., p. 294).

(2) Cf. Saleilles, *L'Obligation*, 2e éd., p. 310 ; R. Worms, *De la volonté unilatérale comme source d'obligations*, thèse, 1891, p. 91 et p. 192-193.

l'occupant, fixe les conséquences du fait matériel accompli par lui (1).

Examinons par exemple un cas particulier d'occupation. Dans un terrain appartenant à autrui, je découvre un trésor. M'en saisir est certes un acte volontaire. Est-ce une déclaration de volonté juridique? Aucunement. — Mais cependant, en prenant le trésor, vous voulez qu'il soit à vous ; vous voulez un certain résultat juridique ; et c'est bien parce que vous le voulez et comme vous le voulez que ce résultat se produit. — Erreur : peu importe, en réalité, le contenu de ma volonté ou de ma déclaration (à supposer que j'aie déclaré quelque chose) (2). De la découverte résulte un certain état de droit ; mais c'est la loi seule qui en régit les conséquences. Ces conséquences se réaliseront telles que la loi les fixe, alors même que je ne les aurais pas voulues, alors même que je les aurais voulues ou déclarées autres que la loi ne les établit. Il se peut qu'ignorant le droit, j'aie déclaré vouloir que le trésor fût à moi tout entier. Mais, malgré cette déclaration, la loi ne m'en attribuera que la moitié. Et c'est elle seule qui, comme organe du droit objectif, déterminera les effets de la propriété ainsi

(1) L'abandon (*derelictio*) pourrait fournir matière à des réflexions analogues. Il est bon de remarquer que la propriété ne disparaît pas *nuda voluntate*. A la volonté de n'être plus propriétaire doit se joindre le fait matériel de la dépossession. Cf. Windscheid, I, 7e éd., p. 171, n. 14 ; Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 210.

(2) Il importe, d'ailleurs, de noter qu'une semblable déclaration serait, par elle-même, étrangère au « fait juridique » que nous étudions ici. On ne pourrait pas la considérer comme un élément constitutif de la « découverte d'un trésor ». Elle n'aurait de valeur au point de vue du droit que si elle réunissait les conditions de validité d'un *autre* acte juridique (Ex. : offre de vente, promesse de récompense, etc.).

acquise, les prérogatives et les charges en résultant pour moi (1).

Les choses se présentent tout autrement en matière de contrat, de testament, de promesse de récompense, etc... Il y a bien, là encore, si l'on veut, un « fait matériel volontaire » : émission de certaines paroles ou de certains gestes, rédaction d'un écrit. Mais ce qui distingue radicalement ce fait de celui qui sert de base à l'occupation, c'est qu'il n'est pas autre chose qu'une *déclaration*, et une déclaration de *volonté*. Il a pour contenu un *ordre* ou un *engagement*. Il est l'affirmation d'un *devoir-être juridique*. Le contrat, par exemple, n'est pas seulement, comme l'occupation, la création volontaire d'une nouvelle situation de droit, il est lui-même la réglementation juridique de cette situation (2). Les parties déclarent que tels effets juridiques doivent se produire, que telles obligations doivent naître ou tels droits s'éteindre, et ces résultats se réalisent parce que et comme ils ont été voulus (théorie française) ou déclarés (théorie allemande). Dans les faits juridiques du genre *occupation*, c'est la loi

(1) Nous pourrions justement critiquer aussi, à la suite d'Ihering, l'importance excessive qui a été attachée à la volonté dans la détermination du fondement juridique de la *possession*. Mais la question nous entraînerait trop loin. Les juristes français s'en sont d'ailleurs beaucoup moins souciés que ceux d'outre-Rhin. Nous renvoyons donc simplement le lecteur aux travaux d'Ihering : *Fondement des interdits possessoires* (tr. fr., 2e éd., 1882, v. notamment p. 26 s.) et *Du rôle de la volonté dans la possession* (tr. fr., 1891).

(2) V. Bülow, *Das Geständnissrecht*, 1899, 2e partie, III, § 3, Der Rechsgebotcharakter der Rechtsgeschäfte, p. 129 s., notamment p. 134. Cf. du même auteur : *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, dans *Archiv f. d. civ. Prax.*, t. 64, 1881, p. 78 s.

seule qui dit le droit ; dans ceux du type contrat, c'est, pour une part du moins, la déclaration de volonté des parties. Les actes du second groupe sont donc les seuls où la volonté individuelle se manifeste proprement autonome ou créatrice de droit (1). Cette autonomie a-t-elle son fondement dans l'individu lui-même ? N'est-ce qu'une concession ou une délégation du droit objectif ? Peu nous importe pour l'instant. Quelque opinion qu'on adopte sur ce point, tant discuté en Allemagne, la formule de Windscheid reste pleinement exacte : Dans l'acte juridique, *l'individu ordonne et le droit fait sien cet ordre* (2). Mais, encore une fois, cette formule n'est vraie que de l'acte juridique *stricto sensu*, dont le contrat est le type. S'il s'agissait de l'occupation et des faits juridiques analogues, il faudrait dire : *l'individu agit et le droit ordonne.*

On voit combien le « dogme de la volonté » a vicié la conception générale des faits juridiques. Si nous avons insisté sur la gravité de la confusion qu'il a entraînée, ce n'est pas seulement parce que cette confusion est fréquente chez les juristes français classiques, c'est aussi parce qu'elle a

(1) On peut tirer de là, entre autres conséquences, que ces actes sont les seuls auxquels puissent s'appliquer les règles d'interprétation des articles 1156 et s. Quand M. Capitant (p. 302) déclare que ces règles peuvent être étendues « à tous les actes juridiques quels qu'ils soient », il oublie sans doute le sens très large qu'il a d'abord donné au mot « acte juridique ». Quel usage un juriste pourrait-il bien faire de ces règles en matière d'*occupation*, v. gr. quand il voit un pêcheur à la ligne prendre un poisson (Capitant, p. 210, note 1) ? Et lui viendrait-il jamais à l'esprit, en présence d'une telle opération, de faire intervenir la théorie classique du dol, de l'erreur, ou celle du terme et de la condition ?

(2) Windscheid, *Pand.*, 7e éd., t. I, p. 167. — Rappr. Bülow, *Das Geständnissrecht*, p. 132 *in fine* : « Durch die *Rechtsgeschäfte* wird wirklich *Recht geschaffen.* »

été commise également, quoiqu'en sens opposé, par certains adversaires systématiques du Willensdogma, Schlossmann entre autres, avec lesquels nous ne voulons aucunement être confondu. Entre les phénomènes du groupe *contrat* et ceux du groupe *occupation*, ces auteurs n'établissent, eux non plus, aucune différence de nature. A les entendre, le rôle juridique de la volonté individuelle serait le même dans tous les cas, c'est-à-dire nul. Ce nouvel excès est pire que le premier. Sous prétexte d'éviter l'un, gardons-nous bien de tomber dans l'autre (1).

IV. — L'influence obsédante du Willensdogma a engendré une autre confusion non moins grave. Volontiers les juristes rangent parmi les actes juridiques, définis à la façon de M. Capitant, l'*aveu* et la *reconnaissance d'un enfant naturel*. Or l'aveu est-il bien une de ces « déclarations de volonté qui ont spécialement pour but de créer, de modifier ou d'éteindre des droits » ? Est-ce une manifestation créatrice de l'autonomie juridique privée ? Assurément, l'aveu est une *déclaration*. C'est même, généralement, une déclaration *volontaire*. Est-ce une *déclaration de volonté* ? Absolument pas. Ce qui est déclaré, ce n'est pas la volonté d'un état de droit qui doit se réaliser comme il est voulu ; c'est la connaissance d'un fait passé. L'aveu a pour objet ce qui a été, non ce qui doit être. Il est une « déclaration

(1) De la théorie de l'acte juridique présentée par M. Capitant, on pourra rapprocher celle de M. Planiol (*Traité*, I, 4e éd., nos 264 s.) qui ne semble pas échapper totalement aux mêmes reproches. — On trouvera d'autre part, sur la notion de l'acte juridique, des aperçus nouveaux et intéressants dans Hauriou, *L'institution et le Droit statutaire*, *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, p. 140 s., et *Principes de droit public*, 1910, p. 146 s. *Adde* : un important chapitre de *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, de M. Duguit (p. 138 s.).

de connaissance » (*Wissenserklärung*), une attestation de vérité (*Wahrheitserklärung*) (1). Aussi serait-on bien en peine d'appliquer ici la théorie classique des vices de la volonté. On n'annule pas un aveu de la même façon et pour les mêmes motifs qu'on annule un contrat ; on ne peut que le rectifier ou le contester pour fausseté (cf. a. 1356, 4e al.). Et, d'un autre côté, prétendre que les résultats de droit entraînés par un aveu découlent de la volonté de son auteur et qu'il faut, pour les déterminer, rechercher et interpréter cette volonté, ne serait ni plus ni moins qu'une puérilité. Les suites juridiques de l'aveu sont uniquement celles que le droit attache aux faits avoués, dont l'aveu constitue la preuve. Elles se produisent quelle que soit la volonté de l'auteur de l'aveu, au besoin contre sa volonté : C'est pourquoi l'aveu ne peut jamais être « révoqué » sous prétexte d'une erreur de droit (art. 1356 *in fine*) (2).

Tout ce que nous disons de l'aveu est également vrai de la reconnaissance d'enfant naturel, qui n'est qu'une variété d'aveu. Les juristes la considèrent souvent comme un acte

(1) V. sur ces questions Bülow, *Das Geständnissrecht*, 1899, *passim*, notamment p. 138, p. 153 s., p. 175 s. Voy. aussi quelques remarques fort justes de M. Planiol, dans son *Traité*, t. II, 4e éd., p. 8, n. 2 et p. 9, n. 2.

(2) A vrai dire, l'aveu ne doit être classé ni parmi les actes juridiques *stricto sensu*, ni même parmi les faits juridiques ou « jurigènes » ; car il ne produit pas par lui-même des effets juridiques nouveaux. Il n'est qu'un *mode de preuve*. On l'a souvent oublié : ainsi, quand on a voulu assimiler l'aveu à un contrat ou à un quasi-contrat (cf. Worms, *De la volonté unilatérale*, thèse, 1891, p.19), ou encore quand, par une comparaison inopportune de l'aveu avec certains actes juridiques proprement dits (désistement d'instance, renonciation à la solidarité), on a exigé, pour que l'aveu devînt définitif, son acceptation par la partie adverse (Aix, 28 novembre 1888, S. 89.2.145 et la note) (Cf. Planiol, II, p. 9, n. 2).

juridique proprement dit, c'est-à-dire comme une déclaration de volonté orientée vers la production de résultats de droit. Ils parlent des « effets » de la reconnaissance comme ils parleraient des effets des contrats (1). Et ils n'hésitent pas à prétendre que, lorsque le législateur n'a en cette matière « dérogé par aucune disposition aux principes généraux posés au titre *des Contrats et des Obligations conventionnelles*, ce sont ces principes mêmes qu'il y a lieu d'appliquer (2) ». La reconnaissance constitue ainsi une sorte de « demi-adoption » (3) ; les liens juridiques unissant l'enfant reconnu à ses auteurs sont réputés le produit d'un *acte de volonté*. A qui ne les *veut* pas formellement, le droit ne peut les imposer. D'où cette conséquence que la possession d'état est sans valeur comme moyen d'établir la filiation naturelle.

Nous repoussons absolument cette manière de voir. Les droits et devoirs qui s'établissent entre parents et enfants ont leur source dans les liens du sang ; ils dérivent du fait même de la filiation (4). La reconnaissance ne les crée donc pas. Comme tout aveu, elle n'est qu'un *mode de preuve* : attestation de vérité, non déclaration de volonté. Il faut donc admettre que d'autres modes de preuve pourraient à l'occasion la suppléer, surtout s'ils présentaient par eux-mêmes une valeur supérieure, comme c'est le cas

(1) M. Planiol (*Traité*, I, 4e éd., n° 1485) critique justement cette façon de s'exprimer.

(2) Dalloz, *Nouv. C. civ. ann.*, art. 339, n° 20.

(3) Cf. A. Colin, *De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation*, dans *Rev. trim.*, 1902, p. 274.

(4) Cf. Seine, 14 janvier 1902 (*Gaz. Trib.*, 1902.2.2.43). « Les droits des parents sont attachés au lien de parenté, et non à la reconnaissance, qui n'en est que la constatation. » — Cf. Planiol, *loc. cit.* ; Boistel, *Phil. du droit*, II, p. 146.

pour la possession d'état : celle-ci est aussi au fond un aveu, mais un aveu répété, permanent, corroboré par le témoignage conforme de la famille et de la société, et moins suspect que la reconnaissance de complaisance et de calcul (1).

Ajoutons d'ailleurs que, pas plus à la reconnaissance qu'à l'aveu, la théorie des vices de la volonté ne saurait s'adapter. Seul le motif de *fausseté* permet d'attaquer une reconnaissance. Les prétendues annulations pour dol ou violence qu'on rencontre couramment dans la jurisprudence (2) sont au fond des contestations d'état. Elles ne peuvent être que cela. Le dol et la violence ne sont pas invoqués pour eux-mêmes à titre de vices du consentement (3), mais seulement parce qu'ils font présumer l'*inexactitude* de la reconnaissance. « On comprendrait difficilement, remarque en effet M. Colin (4), que quelqu'un vînt dire : cet enfant est bien le mien, mais comme je ne l'ai reconnu que sous l'empire de la contrainte, je prétends annuler ma reconnaissance et recouvrer le droit de le traiter en étranger. » Au plaideur qui adopterait cette attitude, quel tribunal oserait donner gain de cause ?

(1) Cf. A. Colin, *op. cit.*, p. 269, à qui ces trois dernières lignes sont presque textuellement empruntées.

(2) V. Dalloz, *Nouv. C. civ. ann.*, art. 339, nos 25 s.

(3) Il en est de même de l'erreur. Quand on invoque l'erreur, il s'agit d'une véritable contestation d'état, non d'une annulation pour vice du consentement. Nous n'arrivons pas à comprendre comment certains auteurs et d'assez nombreux arrêts (V. Dalloz, *Nouv. C. civ. ann.*, art. 339, nos 17 s.) ont pu prétendre que l'erreur engendrait une simple annulabilité relative, régie par les articles 1109 s., et susceptible d'être couverte selon les règles de l'article 1304 ! Les conséquences d'un pareil principe seraient vraiment monstrueuses.

(4) *Op. cit.*, p. 282.

Nous arrêterons là cette énumération d'exemples. Nous ne faisons aucune difficulté de reconnaître que les remarques qui précèdent n'offrent assez souvent qu'un intérêt purement doctrinal. Les conséquences du Willensdogma qu'il nous reste à étudier se révéleront d'une tout autre gravité. Sous l'influence tyrannique du préjugé de l'autonomie, l'individualisme ne se contente pas, en effet, de rattacher aux volontés individuelles des effets de droit objectif et de présenter comme *voulu* ce qui, en réalité, s'impose comme *juste* ; mais quand semblable rattachement est impossible ou par trop malaisé, quand, par suite, la justice et le droit objectif ne peuvent plus exhiber l'indispensable passeport qui ouvre seul l'entrée du domaine juridique et que la volonté subjective est seule à fournir, l'individualisme leur dénie systématiquement le droit de cité dans la législation. Aux principes supérieurs d'équité ou de finalité que la conscience morale conçoit comme dominant l'activité contractuelle, aux institutions organiques qui constituent comme l'infrastructure de l'édifice social, aux solidarités naturelles nées, en dehors de tout contrat, de la division du travail ou de la communauté des intérêts et des fonctions : à tout cela est donc refusée, en principe, la consécration juridique officielle. Des rapports volontaires et libres entre des volontés individuelles, voilà, pour le libéralisme individualiste, tout l'ordre juridique ; il n'y a rien au-dessus du contrat, il n'y a rien en dehors de lui.

Les manifestations dans notre droit de cette façon générale d'envisager les choses sont nombreuses et importantes. Etudier les plus caractéristiques sera l'objet de la prochaine section.

SECTION II. — **Méconnaissance par la doctrine classique des « situations de droit objectif » et des « institutions ».**

Nous ne rappellerons que pour mémoire la théorie du *contrat social*, qui fait reposer la société civile et politique sur un acte libre des volontés individuelles (1). Cette doctrine est le postulat indispensable ou l'aboutissant nécessaire de l'individualisme rationaliste. Une fois posé, en effet, le dogme de l'absolue indépendance et de la souveraineté illimitée du vouloir humain, on ne peut plus retrouver la société et le droit objectif qu'en faisant intervenir un contrat, exprès ou tacite. Négation de la nature organique (2) et institutionnelle des groupements humains fondamentaux et du droit qui les régit, méconnaissance de toute justice supérieure préexistant au contrat, absorption du droit social dans le droit individuel, du droit objectif dans le droit subjectif : tels sont, au point de vue qui nous intéresse, les traits les plus saillants du système du pacte social. Ce n'est pas le lieu d'en entreprendre la critique. On a si souvent dénoncé son caractère chimérique et anti-historique, les contradictions d'où il part ou auxquelles il aboutit, l'impossibilité où il se trouve d'éviter l'anarchisme absolu autrement qu'en se jetant dans l'absolutisme étatiste, qu'insister à nouveau serait superflu (3).

Mais ce qu'il importe de noter, c'est l'immense réper-

(1) Cf. *supra*, ch. I, sect. I, 5.

(2) Le mot « organique » n'a ici, comme dans la suite, que la valeur d'une comparaison. Il n'y a pas, selon nous, de « biologie sociale » et nous repoussons la conception « organiciste » des sociétés, qui eut jadis un si grand crédit.

(3) D'ailleurs, les principes généraux qui sont à la base de ce système seront examinés au chapitre V.

cussion que ce système a exercée sur la pensée des juristes. Il n'a pas seulement encombré pendant un siècle nos théories de droit public ; son influence s'est étendue à presque tous les domaines du droit privé. Partout l'individualisme prédominant a appliqué les principes du contrat social. C'est selon ces principes qu'il a conçu, en même temps que la société civile et politique, toutes les sociétés particulières, tous les groupements humains, voire toutes les situations juridiques quelles qu'elles fussent. Le contrat est ainsi devenu le support de tout l'ordre juridique, « l'idée directrice de la société moderne » (1), la « forme *à priori* » sans laquelle aucune situation de droit ne saurait être pensée comme légitime. *L'individualisme ignore les institutions et les organismes ; il ne connaît que des contrats* (2).

(1) Fouillée, *Science sociale contemporaine*, 2e éd., 1885, p. 55.

(2) On pourrait rapprocher de là la tendance bien marquée des civilistes à résoudre le droit tout entier en des *rapports juridiques d'obligation* entre des volontés individuelles et par suite à méconnaître les *situations établies*. « Par définition, dit M. Planiol (*Traité*, t. I, 4e éd., n° 2159), tout droit est un rapport entre les personnes. C'est la vérité élémentaire sur laquelle est fondée toute la science du droit, et cet axiome est inébranlable. » M. Planiol est par suite conduit à réduire le droit réel au droit de créance : « Un droit réel quelconque est un rapport juridique entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs. Ce rapport est d'ordre obligatoire, c'est-à-dire qu'il a la même nature que les obligations proprement dites. » Cette théorie nous paraît renverser l'ordre naturel des choses. Logiquement et chronologiquement le droit réel est antérieur au rapport juridique d'obligation. Comme le dit très bien M. Hauriou (*Principes de droit public*, p. 168), « les rapports juridiques ne seraient jamais nés s'il n'y avait eu auparavant des situations juridiques et des choses sur lesquelles ils pussent porter. Les rapports juridiques sont nés du commerce juridique, or le commerce ne peut exister que s'il y a des choses juridiques constituées à mettre dans le commerce. » D'un autre côté, analyser le droit de propriété en une « obligation passivement universelle », c'est peut-être en donner le *signalement*, mais c'est au

I. — C'est ainsi que le dogme de la volonté et l'idée contractuelle ont tout envahi.

Ils ont envahi d'abord le *droit familial*. Récemment, un savant professeur (1) a pu justement prétendre, et cela sans céder au « vain prestige d'un paradoxe », que l'idée qui se dégage de toute notre législation sur la paternité et la filiation et qui seule (2) rend pleinement raison des solutions positives consacrées par les textes et par la jurisprudence, c'est qu' « entre le père et les enfants aucun lien ne peut être créé que par la volonté de l'homme » : le rapport juridique de parenté résulterait, en matière de filiation naturelle, de la *reconnaissance* proprement dite, dont nous avons déjà parlé (3), en matière de filiation légitime, d'une sorte de reconnaissance anticipée, qui constituerait une véritable clause tacite du contrat de mariage. Conception étrange, sans doute, mais qui cadre merveilleusement avec la thèse individualiste de l'autonomie de la volonté.

D'une manière générale, pour le pur individualisme, la famille se résout en un ensemble de liens volontaires et d'obligations conventionnelles. Elle repose sur le mariage,

fond le vider de son *contenu*. Il est très vrai que la propriété est *quelque chose* que tous sont *obligés* de respecter ou mieux qui est *opposable* à tous ; c'est même là un de ses caractères juridiques les plus importants. Mais il faudrait nous dire en quoi consiste ce *quelque chose*. Or ce quelque chose n'est pas lui-même un « rapport d'obligation entre des personnes », mais un *état de droit*, une *situation établie*, laquelle se résume dans l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus*. « Jus in re » disaient nos anciens auteurs. Ils avaient raison. — Voy. cependant R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 405 s.

(1) A. Colin, *De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation*, dans *Rev. trim.*, 1902, p. 282 s.

(2) M. Colin montre notamment que l'explication traditionnelle de la règle *Pater is est* et de l'article 312 est insuffisante.

(3) *Supra*, sect. I, *in fine*.

et le mariage n'est qu'un contrat, rien de plus. C'est là, on le sait, la thèse de Pufendorff, de Rousseau et de bien d'autres auteurs. C'est la thèse que l'école allemande de Fichte et de Gros (1) a poussée, avec une logique intrépide, jusqu'aux dernières conséquences, jusqu'à affirmer légitime n'importe quelle union, même purement temporaire, même à forme polygamique ou polyandrique, pourvu qu'il y eût libre accord entre les volontés. Aucun juriste en France n'est, Dieu merci, allé jusque-là : la puissance de la tradition (2) et celle de l'idée morale y ont fait obstacle. Combien cependant n'ont pas hésité, soit à l'époque révolutionnaire, soit de nos jours, à s'engager dans la voie qui conduit à de pareils excès, en adoptant pour notion directrice et dominante, dans la théorie du mariage, le concept de contrat (3).

Si le mariage n'est qu'un contrat, la volonté des parties doit être tenue pour le facteur principal, sinon unique, de

(1) V. sur ce point Stahl, *Histoire de la philosophie du droit*, trad. Chauffard, 1880, p. 227 ; Tanon, *L'Evolution du droit et la conscience sociale*, 1900, p. 6.

(2) Sur le caractère anti-historique de la théorie du mariage-contrat, voy. la belle étude de M. Lefebvre, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat* ? dans *Nouvelle Revue historique*, 1902, p. 303 s.

(3) Sur les questions que nous abordons ici, voy. : Lefebvre, *op. cit.* ; Beaussire, *Principes du droit*, p. 212 s. ; Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 207-208 ; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 203-205 ; Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse de Dijon, 1909, p. 255 s. ; Ch. Antoine, *Les trois sociétés nécessaires : la Famille, la Profession, la Cité*, dans *Semaine sociale de France*, 3e session, Dijon, 1906, p. 41 s. ; Meyer S. J., *Institutiones juris naturalis*, Fribourg, t. II, 1900, p. 92 s., et t. I, 2e éd., 1906, p. 345 s. ; Crétinon, *Le point de vue individualiste et le point de vue social dans le droit* (*Semaine sociale* de Bordeaux, 1909, p. 129) ; Alfred Détrez, *Mariage et contrat, Etude historique sur la nature sociale du droit*, Paris, 1907 (thèse) ; E. Lévy, *La famille et le contrat*, *Rev. de métaph. et de morale*, septembre 1911, p. 806.

son efficacité juridique ; c'est à elle qu'il faut, pour partie au moins, rattacher comme à leur cause les effets de droit qu'il engendre. Aussi comprenons-nous sans peine que, dans la thèse contractuelle, ces effets aient été présentés maintes fois, à l'époque du droit intermédiaire surtout, comme « convenus entre les parties » (1). Même dans la règle de l'indissolubilité relative du lien conjugal, on s'est ingénié à ne voir que l'expression d'une clause conventionnelle (2). Et peu s'en est fallu qu'en tête du titre du mariage ne figurât dans notre Code civil cette singulière définition : « Le mariage est un contrat formé entre deux individus de sexe différent, dont la durée est, *dans leur intention*, celle de la vie de l'un d'eux... » (3). A la vérité, les partisans de la théorie purement contractuelle (4) reconnaissent bien qu'il y a ici une réglementation *légale* plus étendue et plus impérieuse que dans la plupart des autres conventions. Mais ce n'est là, semble-t-il, à leurs yeux, qu'une question de plus ou de moins, une question de *degré* : aucune différence de *nature* ne séparant essentiellement le mariage des contrats ordinaires.

D'un autre côté, si le mariage n'est qu'un contrat, si les

(1) Voy. à ce sujet, dans Lefebvre, *op. cit.*, p. 328, les curieuses citations de Durand-Maillane, auteur d'un projet présenté le 17 mai 1791. — Voy. aussi, dans Fenet, t. I, p. 495, le passage où Portalis en son *Discours préliminaire* fait appel, pour expliquer certains effets du mariage, à l'idée d'une stipulation pour autrui ! — Cf. sur ce passage, Lefebvre, *op. cit.*, p. 302, n. 1.

(2) « Le même consentement qui nous lie peut s'étendre jusqu'à nous empêcher de nous délier », disait Durand-Maillane (Lefebvre, p. 328).

(3) C'est le texte de l'article 2 du projet de Jacqueminot (Fenet, I, p. 333).

(4) Cette théorie a les sympathies de MM. Planiol (*Traité*, I, 4e éd., nos 692 et 693) et Boistel. *Phil. du Droit*, t. II, p. 74 et p. 86).

liens qu'il engendre sont d'ordre conventionnel, il s'ensuit naturellement que leur maintien ou leur suppression dépendent, comme leur création, de la volonté des parties. « Ce que la volonté a fait, la volonté peut le changer, disait Cambacérès dans son rapport sur le deuxième projet de Code civil (1). La volonté des époux fait la substance du mariage. Le changement de cette volonté en opère la dissolution. » De là le divorce (2) : et non pas seulement le divorce « mal inévitable » et « remède nécessaire », de la loi de 1884, mais le divorce sans frein de 1792, le divorce conçu comme le mode normal de dissolution d'un contrat, voire comme la sanction naturelle du « droit de liberté personnelle », du « droit de disposer de soi » (3) : divorce donc par consentement mutuel (Cf. art. 1134, al. 2), divorce pour incompatibilité d'humeur (Cf. l'extinction des obligations conventionnelles par l'impossibilité d'exécution), divorce surtout, selon le principe de l'article 1184, pour tout manquement d'un époux aux engagements du contrat (4). Quand

(1) Dans Fenet, *Trav. prépar.*, t. I, p. 104.

(2) M. Boistel objecte que la conclusion ne s'impose pas (*Phil. du droit*, t. II, p. 75). En tout cas, il est certain que l'établissement du divorce à l'époque révolutionnaire a été la conséquence directe de la théorie du mariage-contrat. V. sur cette question Lefebvre, *op. cit.*, p. 316 s. — Mais, ajoute M. Boistel, l'adoption n'est qu'un contrat. Or aucune convention ne peut en faire cesser les effets. — Le Code civil allemand permet de rétorquer l'argument, car nous y lisons précisément que, de même qu'un contrat crée l'adoption (§ 1741), de même un contrat la rompt (§ 1768). Rappr. Lefebvre, *op. cit.*, p. 325.

(3) Cambacérès, *loc. cit.*

(4) Cf. la citation de Pufendorff, rapportée dans Lefebvre, *op. cit.*, p. 327. « La question se réduit donc à savoir si dans le mariage, comme dans toutes les autres conventions, la partie lésée peut se dégager lorsque l'autre a violé les principaux articles du contrat. Je réponds hardiment que oui, s'il s'agit d'articles essentiels. »

notre jurisprudence se montre si facile dans l'admission de « l'injure grave » et qu'elle multiplie indéfiniment les applications de cette cause de divorce, c'est de la thèse individualiste du mariage-contrat qu'elle s'inspire.

Cette conception purement contractuelle du mariage est antisociale, antihistorique, antinaturelle. Hypnotisé par le dogme de l'autonomie, l'individualisme méconnaît cette vérité élémentaire, que, pour quiconque considère « l'ensemble des choses » (1), le mariage est ordonné vers une fin supérieure aux volontés privées et aux intérêts individuels. Sa destination naturelle n'est pas de créer entre deux êtres des obligations personnelles se servant mutuellement de « cause », d'engendrer une situation contractuelle, dont le maintien serait subordonné à l'exécution des engagements réciproques des contractants, mais de donner naissance à une famille nouvelle, d'assurer la procréation et l'éducation des enfants, de sauvegarder dans le bon ordre la perpétuité de la grande famille humaine (2). Les lois qui régissent le mariage sont donc dictées par une finalité su-

(1) C'est justement là un point de vue auquel l'individualisme répugne à se placer. Il est impuissant à s'élever à la considération de *l'ordre universel*; car pour lui, le principe suprême d'où tout part et où tout aboutit, c'est la *liberté naturelle de l'individu*. L'individualisme est par suite conduit à méconnaître entièrement l'idée de *fonction* ou de *mission*, qui est l'un des éléments constitutifs de l'idée de droit (droit subjectif), et à nier que des lois de *finalité* supérieure puissent juridiquement dominer les volontés individuelles.

(2) C'est la conception des canonistes et des théologiens. Voy. par ex. S. Thomas, *Suppl.* 3, q. 67, a. 1 ad 4 : « Matrimonium *principaliter* ordinatur ad *bonum commuae* ratione principalis finis, qui est bonum prolis ; quamvis etiam ratione finis secundarii ordinetur ad bonum personae matrimonium contrahentis. Et ideo in legibus matrimonii magis attenditur, *quid omnibus expediat*, quam quid uni competere possit. » — Cf. Lefebvre, *op. cit.*, p. 310-311 ; Meyer S. J., *Institutiones juris naturalis*, II, Fribourg, 1900, p. 92 s.

périeure : elles ne sont pas les clauses tacites d'une convention individuelle, le statut d'une situation contractuelle. La volonté est sans doute la condition de leur application ; elle n'est pas le fondement de leur efficacité. Et si l'on peut dire, à condition de s'entendre sur le sens des mots, qu'elles entrent en vigueur *à l'occasion d'un contrat*, en aucune façon on ne saurait prétendre qu'elles dérivent de ce contrat. C'est précisément pour cela que, quand le législateur les modifie, quand, par exemple, il étend ou restreint l'autorité maritale ou la puissance paternelle, sa décision s'applique même aux mariages célébrés antérieurement à sa promulgation (1). Dans la théorie purement contractuelle, ce phénomène de rétroactivité est inexplicable : il apparaît comme la violation d'un contrat. En réalité, il représente l'adaptation d'une institution à sa destination naturelle. Aussitôt en effet le mariage célébré, le contrat, si contrat il y a, disparaît entièrement de la scène juridique, absorbé dans la situation institutionnelle à laquelle il donne naissance. Et c'est pour ne pas s'en être rendu compte qu'on a presque toujours mal posé le problème du divorce. La vraie question n'est pas : « Peut-on rompre un contrat ? » mais : « Peut-on supprimer une institution ? Peut-on détruire un organisme ? »

C'est en effet une institution véritablement organique que la *famille* (2), née du mariage. L'individualisme ne comprend pas, ne peut pas comprendre que la famille soit autre chose qu'une collection amorphe d'individus quelconques,

(1) Cf. Duguit, *op. cit.*, p. 204 et la distinction établie par cet auteur entre les « situations juridiques subjectives » et les « situations de droit objectif ».

(2) V. les ouvrages déjà cités de Meyer, I, p. 345 et s. et Ch. Antoine, p. 41 s. Voy. aussi l'étude de Boistel sur la famille, dans sa *Phil. du Droit*, t. II, p. 63-149.

un agrégat inorganique d'atomes. Il est radicalement impuissant à saisir les groupes naturels, quelque fondamentaux que soient les liens de solidarité qui les constituent. Le mot *famille* ne se trouve pas dans le Code ; et peut-être faudrait-il aller jusqu'à la loi de 1909 sur le « Bien de famille » pour le voir acquérir enfin droit de cité dans notre législation (1). Nous ne prétendons pas — qu'on le remarque bien — qu'il faille attribuer à la famille la *personnalité* morale. La question de personnalité ne se pose pratiquement que lorsqu'une institution est appelée à jouer en tant que telle le rôle de *partie* dans le commerce juridique ; ce n'est pas ici le cas. Il s'agit seulement de reconnaître à la famille « l'*individualité objective* » : si elle n'est pas une *persona*, elle est du moins un *corpus* (2). Il s'agit

(1) Voy. les réflexions d'ordre général que suggère cette loi nouvelle à M. Ch. Boucaud, dans *Chronique sociale de France*, novembre 1910, p. 427 s. — V. aussi Abbé Lemire, Cours à la *Semaine sociale* de Dijon, 1906, Compte-rendu, p. 166 et p. 184.

(2) Sur cette importante distinction, on consultera surtout Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 639 s. Cf. la différence, partout signalée, entre le département, qui est une personne morale, et l'arrondissement qui, ne possédant aucun bien et n'ayant pas à participer au commerce juridique, n'est pas doué de personnalité subjective, mais seulement d'individualité objective. — Théoriquement, on pourrait fort bien concevoir que le développement des « biens de famille » (Loi du 12 juill. 1909) et d'autres institutions analogues pût conduire un jour à attribuer à l'organisme familial la personnalité juridique. N'est-ce pas en effet l'octroi de certains biens aux départements qui a jadis amené leur reconnaissance comme personnes morales administratives ? — Toutefois il faut noter que cette érection de la famille en personne juridique n'est aucunement nécessaire pour que des patrimoines d'intérêt familial puissent se constituer. La doctrine traditionnelle qui associe indissolublement, au point de les identifier, les notions de patrimoine et de personnalité, a été justement critiquée (Cf. le récent travail de M. Gazin, sur la *Notion de patrimoine*, thèse de Dijon, 1910). Même dans notre droit actuel,

de prendre juridiquement conscience de cette idée fondamentale que la famille née du mariage constitue un centre organisé et hiérarchisé d'intérêts de pouvoirs et de fonctions, un *organisme* naturel, dont les individus sont les « membres vivants », non les « maîtres souverains » (1), et qui, pour devoir son origine à une manifestation de volonté individuelle, n'en constitue pas moins, une fois créé, une réalité juridique autonome et indépendante, ayant sa raison d'être propre et faite pour durer autant que l'exige cette raison d'être.

II. — Ce que nous disons de la famille pourrait se répéter, sauf, bien entendu, à tenir compte de certaines différen-

il existe, bien que les juristes classiques éprouvent quelque peine à s'en rendre compte, de véritables *patrimoines* familiaux, dont l'organisation juridique constitue, selon nous, une reconnaissance implicite de l'*institution* familiale en tant que centre autonome d'intérêts et de fonctions. Ces patrimoines, la famille ne les possède sans doute pas à titre de *personne*, de *sujet* (patrimoines appropriés) ; mais elle est, du moins, le *but* auquel ils sont *affectés* (patrimoines d'affectation). Citons, par exemple, en dehors du « bien de famille » de la loi de 1909 : le « pécule » de la loi de 1907, « fonds de réserve domestique et familial », les « biens communs » sous le régime de communauté, et la dot dans le régime dotal. Pour la dot en particulier, les vieilles théories traditionnelles qui prétendent expliquer tout le régime dotal par une simple « incapacité » de la femme ou par une « indisponibilité » du bien, sont d'une insuffisance manifeste. Autrement exacte et féconde nous paraît l'idée naguère émise par M. Bartin et reprise depuis par quelques auteurs (entre autres par Gazin, thèse précitée, 1910, p. 273 et s.), d'après laquelle *la dot est un patrimoine* séparé, affecté exclusivement aux besoins généraux et aux intérêts les plus élevés de la famille (établissement des enfants, périodes de crises, etc...). Cette conception rend seule pleinement compte de tous les détails de l'organisation légale et jurisprudentielle de la dot. V. H. Gazin, *loc. cit.*, p. 272 s. Sur le régime de communauté, V. H. Gazin, p. 377 s. et la thèse de M. Masse (Paris, 1902).

(1) Cf. Saleilles, *Personnalité juridique*, 1910, p. 559.

ces fondamentales, au sujet de la plupart des autres groupes, corps ou établissements, qui, comme l'institution familiale, ont leur point de départ dans des actes individuels de volonté. Citons comme exemples les associations, les syndicats, les fondations, les sociétés par actions. Ici, comme partout ailleurs, les juristes n'ont voulu voir que du contrat. D'après la doctrine qui, jusqu'à la fin du siècle dernier, fut à peu près unanimement admise, rien dans le droit des sociétés ou des associations ne sortirait de la sphère strictement contractuelle : l'acte initial de fondation serait un contrat ; souscrire une action, entrer dans un syndicat serait contracter ; les statuts ne constitueraient qu'un simple document contractuel, destiné à définir les obligations respectives des cocontractants ; et tout le fonctionnement de la société et de l'association, depuis leur naissance jusqu'à leur mort, ne serait que l'accomplissement des prévisions contractuelles, l'exécution, selon le droit commun, des prestations réciproques promises par les parties (1).

Les cadres de notre étude ne nous permettent pas, on le comprend aisément, un examen détaillé et complet de ces diverses affirmations. C'est là d'ailleurs une matière si hérissée de difficultés et on s'y heurte de nos jours, dès qu'on s'y aventure, à tant de théories diverses, souvent fort compliquées et abstruses, que notre incompétence s'y sent fort mal à l'aise. Aussi serons-nous très bref.

Sur la véritable nature de l'acte constitutif d'une société par actions ou d'une association, le plus grand désaccord règne aujourd'hui parmi les juristes (2). Un point toutefois

(1) Cf. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, dans le *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, p. 174. — Voy. sur la théorie contractuelle les divers auteurs cités par M. Hauriou, p. 175, note 1.

(2) On trouvera un résumé des controverses récentes dans Hau-

nous paraît acquis à la science juridique : c'est que, quelque nom que l'on donne à cet « acte complexe » si diversement baptisé jusqu'ici (*Vereinbarung Gesammtakt*, « opération à procédure », etc.), la vieille conception purement contractuelle doit être écartée comme inexacte et trop simpliste. Sous l'étiquette commode de « contrat », les juristes ont le tort de grouper une foule de faits juridiques très hétérogènes, dont ils méconnaissent systématiquement la nature propre et les différences irréductibles. Dans n'importe quel phénomène de consentement ou même simplement d'assentiment, ils sont tentés de voir un contrat : par exemple, dans l'obéissance à un ordre d'un supérieur, dans l'acceptation par un fonctionnaire de sa nomination, dans le concours donné à une procédure d'expropriation, ou encore dans le fait par la minorité d'une assemblée de prendre part à une délibération. Ce sont là des abus regrettables, source perpétuelle d'équivoque et de confusion. Le contrat suppose essentiellement la prévision et la discussion libre d'un acte à accomplir, puis un échange de consentements et de promesses réciproques ; c'est le concours de plusieurs volontés qui se déterminent respectivement l'une l'autre. Or la fondation d'une association ou d'une société par actions est avant tout constituée par une série d'*adhésions successives* à des « faits objectifs de procédure » et à la discipline collective des statuts. C'est tout autre chose qu'un contrat. Ce point a été parfaitement mis en lumière dans de récentes études de M. Hauriou, auxquelles nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer le lecteur (1). On y remarquera tout

riou, *L'institution et le droit statutaire*, p. 155 s. et *Principes de droit public*, p. 158 s. — Voy. aussi G. de Bezin, *Exposé des théories allemandes et italiennes sur l'acte complexe* (*Recueil de législation de Toulouse*, 1905).

(1) *L'institution et le droit statutaire*, p. 140 s. ; *Principes de droit*

particulièrement comment, dans l'analyse juridique du phénomène statutaire, s'affirme aux yeux de M. Hauriou la prépondérance du « fait objectif », que le savant auteur parle d' « introduire en maître à la place de la volonté subjective », seule prise jusqu'ici en considération (1).

Mais, à supposer qu'on pût faire entrer dans le cadre du contrat l'ensemble des opérations procédurales et des actes successifs d'adhésion par lesquels se constitue une association ou une société anonyme, aurait-on le droit de conclure que toute la vie ultérieure de l'association et de la société fût enfermée dans une sphère rigoureusement contractuelle et que leur fonctionnement ne fût que l'exécution d'une série de contrats individuels réciproques ? Pas le moins du monde. Cette conception serait la négation de la société et de l'association en tant qu'institutions vivantes et agissantes. Autre chose, en effet, est le phénomène juridique qui donne naissance à une association ; et autre chose l'association une fois créée (2). Les juristes disent bien qu'une fois constituées, associations et sociétés sont des personnes morales. Mais on leur a justement et depuis longtemps (3) reproché de n'avoir pas su, pour la plupart, tirer de cette idée de personnalité morale tous les éléments qu'elle renferme et impose. Ils n'y ont vu qu'une *fiction* légale destinée à doter les sociétés de la capacité de jouer le rôle de parties dans les relations juridiques avec les tiers. Ils ne se sont par suite préoccupés que de ce qu'on a jadis appelé la

public, p. 145 s. — V. aussi Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 429.

(1) *L'institution et le droit statutaire*, p. 137.

(2) Cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 429.

(3) Voy. une note célèbre de M. Thaller sous Cass., 30 mai 1892 dans *Dalloz*, 1893.1.107.

« personnalité extérieure » (1) ; et, la tenant pour une création arbitraire du législateur, ils ont totalement négligé de rechercher quelles réalités objectives elle pouvait recouvrir. Ils n'ont pas pris garde qu'à moins de n'être qu'un fantôme juridique ou un simple *flatus vocis*, cette personnalité externe a son fondement et sa raison d'être dans une « personnalité interne » ou, pour mieux dire, dans une « individualité objective » qui lui sert de support et dans laquelle elle s'insère (2). Avant que d'être des *personnes*, sociétés et associations sont d'abord des *individus*, c'est-à-dire des organismes complets et autonomes qui vivent et progressent ; et c'est même seulement parce qu'elles sont des individus, que le droit, à l'occasion, les considère comme des personnes. Comment ne pas voir, par exemple, qu'envisagée en elle-même et abstraction faite de ses relations avec les tiers, une société par actions (3) est tout autre chose qu'une poussière amorphe d'individus participant chacun de son chef propre à l'exécution d'un ensemble de contrats réciproques ? Comment ne pas comprendre que de la mise

(1) Sur la « personnalité extérieure », que M. Thaller oppose à la « personnalité interne », voy. la note précitée de cet auteur.

(2) V. dans les *Principes de droit public* de M. Hauriou, l'important chapitre consacré à la « personnalité juridique », p. 639 s.

(3) A dessein, nous avons laissé entièrement de côté les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif et les commandites simples, car l'importance du contrat y est certainement plus grande ; et d'un autre côté l'existence d'un *intérêt social* différent des intérêts individuels y est bien moins apparente (Cf. sur ce dernier point, H. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse de Dijon, 1910, p. 473). A l'égard de ces sociétés, le problème de la personnalité morale se pose par suite tout autrement, l'idée de copropriété en main commune (*Gesammte Hand*) constituant peut-être ici une explication juridique suffisante. Cf. Thaller, *loc. cit.*, p. 107 ; Saleilles, *op. cit.*, *passim*, notamment, pp. 297, 393, 402 ; Michoud, *Personnalité morale*, I, p. 178 ; Gazin, thèse précitée, p. 388 s. et 465 s.

en commun des ressources et des activités individuelles est sorti un organisme collectif parfaitement individualisé, une institution unitaire, douée d'une vitalité propre et constituant, avec ses multiples organes savamment ajustés et équilibrés, une réalité juridique indépendante ? Ne voyons-nous pas autour de nous les sociétés vivre et se mouvoir par elles-mêmes comme des individus ? Ne les voyons-nous pas évoluer et progresser, s'adapter aux conditions changeantes de la vie économique, faire leur profit des découvertes scientifiques nouvelles et des enseignements de l'expérience, apporter à l'organisation de leur commerce ou de leur industrie les modifications qu'établirait dans sa propre maison un commerçant individu ? (1)

Or toute cette activité personnelle de la société, sa marche collective, la spontanéité qu'elle déploie dans la réalisation du but statutaire, tout cela a eu peut-être, si l'on veut, son point de départ dans un contrat, mais tout cela dépasse et déborde singulièrement la sphère du contrat (2). Ce n'est pas le déroulement logique du contenu du contrat initial, si contrat il y a eu, mais le développement organique d'une institution vivante née de ce contrat. C'est le produit de la vie sociale collective, telle que la font ses multiples conditions d'existence et telle qu'elle s'exprime dans les décisions successives du conseil d'administration et des assemblées générales.

Et, pour choisir un autre exemple, bien plus saisissant, qui donc voudrait prétendre que l'activité sociale d'un syndicat, qui fait de la propagande, organise des meetings, intervient auprès des pouvoirs publics, prépare, décide et soutient des grèves et conclut des contrats collectifs, qui

(1) Thaller, *loc. cit.*, p. 108, col. 1.
(2) Cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 130.

donc, dis-je, voudrait prétendre que toute cette floraison de vitalité spontanée et libre n'est que l'exécution pure et simple de mille petites conventions particulières et s'analyse dans une série de prestations individuelles réciproques promises par contrat ? (1). Autant vaudrait dire que la vie collective d'une nation avec ses multiples vicissitudes, ses prospérités et ses décadences, ses succès et ses défaites, les lois qu'elle se donne, les coutumes qu'elle élabore et les institutions qu'elle enfante, bref que toute son histoire n'est que la pure exécution du « contrat social » imaginé par Rousseau ! La théorie contractuelle est aussi chimérique dans un cas que dans l'autre. Impuissante à discerner dans le monde social autre chose que des atomes individuels unis seulement par des liens conventionnels, elle n'aboutit ni plus ni moins qu'à supprimer en tant qu'institutions et organismes les collectivités humaines qu'elle prétend expliquer.

Fort heureusement, notre droit ne s'est pas tenu à cette conception. Sous la poussée des besoins et des faits, sociétés et associations se sont évadées de la geôle contractuelle où l'on prétendait les emprisonner (2). Elles ont déchiré le vêtement trop étroit dont on les avait affublées et qui entravait leur marche.

On sait que, lors de l'élaboration de la fameuse loi du 1er juillet 1901, l'intention du gouvernement était d'enfermer les associations dans un cadre entièrement individualiste et contractuel. Mais on sait aussi que ce cadre a dû être finalement brisé et que la loi votée constitue une charte corporative dont l'idée de contrat est impuissante à expli-

(1) Cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 432.
(2) Cf. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, p. 173.

quer toutes les dispositions (1). Aussi, à la séance du 14 mai 1901, Waldeck-Rousseau déclarait-il, non sans une certaine mélancolie : « La conception primitive a succombé ! »

En matière de sociétés par actions, la thèse contractuelle devait logiquement aboutir à l'impossibilité juridique d'introduire dans les statuts une modification quelconque sans le consentement unanime des associés, sauf le cas où les statuts auraient eux-mêmes prévu la modification en cause (2). Si en effet les statuts ne sont qu'un contrat, ils font, comme toute convention, la « loi des parties » ; il faut donc pour les modifier le consentement de toutes les « parties » (art. 1134, al. 2). Mais comme pratiquement ce consentement unanime est impossible à obtenir, voilà la société enchaînée pour jamais au texte primitif des statuts, donc incapable de vivre, de s'adapter, de progresser. La thèse contractuelle se révèle ainsi comme une doctrine d'immobilité et de mort. C'est une conception toute statique, qui, méconnaissant le dynamisme interne et la vitalité profonde des organismes collectifs, fait de ces organismes des institutions mort-nées (3).

(1) Voy. sur ce point, que nous ne pouvons développer ici, Hauriou, *Principes de droit public*, p. 502-503.

(2) La question ne s'est pratiquement posée que pour les sociétés par actions. Mais tout ce que nous disons ici de ces sociétés s'applique aussi aux associations.

(3) « Le commerce insiste pour que les pouvoirs de l'Assemblée soient de plus en plus élargis, car l'appropriation des statuts à des circonstances économiques nouvelles s'impose, sous peine pour la société d'être obligée de liquider » (Thaller, *Traité élém.*, 3e éd., p. 371). — Sur les inconvénients d'une immobilité statutaire absolue en matière de *fondations*, et sur la part d'initiative et le rôle actif qui incombent au « Comité de direction », voy. Saleilles, *Personnalité juridique*, 1910, p. 277 et p. 591 ; cf. Demogue, *Rev. trim.*, 1907, p. 287 s. Toutefois, si la fondation une fois créée constitue, comme l'association

Les juristes en étaient pourtant tellement imbus qu'il a fallu aller jusqu'à la fin du XIXe siècle, jusqu'au célèbre arrêt du 30 mai 1892 (1) et aux lois du 9 juillet 1902 et du 16 novembre 1903 (art. 34, C. com.) pour voir enfin triompher une notion plus exacte des choses. En attribuant à l'assemblée générale des actionnaires une large autonomie, en lui reconnaissant en particulier le pouvoir de modifier à la majorité des voix le statut social et de faire évoluer l'organisme collectif en dehors des prévisions primitives, les décisions jurisprudentielles et légales auxquelles nous venons de faire allusion ont enfin acclimaté dans l'esprit des juristes cette idée, seule conforme à la véritable nature du phénomène statutaire (2), que « *modifier les statuts, c'est non*

ou la société par actions, un organisme complet qui vit, s'adapte et progresse, il va sans dire que, dans les statuts initiaux, les « voies et moyens » sont seuls objet de réformes et de progrès ; le *but* voulu par le fondateur s'impose avec permanence et à titre perpétuel. Il est comme « l'idée directrice » qui, suivant Claude Bernard, domine et règle l'évolution des êtres vivants.

(1) Cass. civ., 30 mai 1892, D. 93.1.105.

(2) Les statuts ne peuvent pas, en effet, être assimilés à un document strictement contractuel. Que de l'acte constitutif de société il naisse entre les coassociés des obligations personnelles réciproques de nature contractuelle et que par suite les statuts aient en partie pour objet de fixer le contenu et les modalités de ces obligations, c'est assurément fort possible. Mais borner là le rôle des statuts serait aussi manifestement inexact que de réduire la loi civile à n'être que la réglementation d'une situation contractuelle entre ceux qui l'ont votée. Avant tout, le statut est, comme la loi, la charte d'un organisme, dont il exprime les conditions d'existence et règle le fonctionnement ; son but est de déterminer et d'orienter vers sa fin la vie collective de l'être social. Et cela implique nécessairement un pouvoir d'évolution et d'adaptation aux conditions nouvelles de la vie, que n'ont pas les documents contractuels (Cf. Hauriou, *Principes de droit public*, p. 208).

Est-il besoin d'ajouter que la théorie institutionnelle n'a pas pour

rompre un contrat, mais perfectionner un organisme » (1).

Au reste, même avant ces importantes réformes, qui marquent la faillite définitive de la théorie contractuelle, n'avait-on pas, et dès longtemps, rejeté, bien que sans s'en rendre compte, la thèse du contrat ? A vrai dire, jamais on

conséquence de rendre l'assemblée générale toute-puissante ? Les assemblées d'actionnaires ne sont pas plus omnipotentes que les assemblées représentatives qui font les lois dans la société civile. Les unes et les autres sont tenues de respecter le juste objectif et les droits subjectifs des individus. Nous comparerons plus loin la souscription d'une action ou son achat en Bourse à la construction ou à l'achat d'un immeuble. Or si, malgré les affirmations de l'école du pur individualisme, le législateur a le droit incontestable d'apporter au régime de la propriété immobilière les modifications requises par le bien général, par exemple d'y établir de nouvelles servitudes d'intérêt général, il ne jouit cependant pas en cette matière, quoi qu'en pensent certaines écoles socialistes, de pouvoirs absolus. Notre conscience juridique n'hésiterait pas à qualifier d'*injustes* les lois fiscales ou politiques qui constitueraient au fond de véritables spoliations. Le droit individuel (quelque fondement qu'on lui assigne) apporte ici une limite au droit social. Il en est de même, *mutatis mutandis*, dans les sociétés par actions : chaque actionnaire a des droits propres ou *Sonderrechte*, devant lesquels — quelque opinion que l'on ait de la nature et de l'origine de ces droits (V. Thaller, note précitée D. 93.1.113 et Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, p. 176) — s'arrêtent les pouvoirs des assemblées générales.

(1) Cf. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, p. 175. La formule entre guillemets est de M. Thaller (*Traité*, 3e éd., 1904, p. 370). — Cf. Demogue, *Rev. trim.*, 1907, p. 278 s. De ce point de vue, on n'eût certes pas dû hésiter à appliquer la loi du 9 juillet 1902 même aux sociétés anonymes fondées antérieurement à sa promulgation. En refusant de le faire, sous prétexte que cette application aurait altéré une situation *contractuelle* et violé des droits acquis, la jurisprudence a méconnu les intentions évidentes des auteurs de la loi et rendu nécessaire une nouvelle intervention du législateur (Loi du 16 novembre 1903). — V. Trib. comm. Seine, 10 décembre 1902, dans *Pandectes françaises*, 1903.2.65, avec une note de M. Percerou. — Rappr. ce qui a été dit plus haut (§ I) des lois modifiant les effets du mariage.

ne l'a admise jusqu'au bout. Comment, en effet, aurait-on pu concilier avec la donnée strictement contractuelle l'existence d'une assemblée générale délibérant à la majorité des voix et imposant ses décisions aux minorités dissidentes ? S'il n'y a dans la société qu'une collection amorphe d'individus liés par des contrats réciproques, et si par suite chaque associé ne participe à l'assemblée générale que comme *partie* à un contrat et relativement à l'exécution de ce contrat, comment concevoir que la volonté des uns puisse être liée par celle des autres ? Il est de principe que dans la sphère contractuelle chaque partie est autonome, souveraine, et juridiquement égale à toutes les autres ensemble ; à l'égard d'une minorité non consentante, la décision d'une majorité devrait donc être *res inter alios acta*. Le phénomène majoritaire ne peut être intégralement compris que si l'on voit dans l'assemblée générale l'organe d'*autorité* du groupe collectif, et, dans les actionnaires qui la constituent, non pas des *parties* s'opposant l'une à l'autre et venant aux réunions de leur chef propre dans toute leur indépendance de contractants autonomes, mais les *membres* d'un corps social unitaire, les « facteurs intégrants » d'une volonté supérieure, « qu'il s'agit de manifester dans l'indivisibilité de son expression » (1).

Cependant les adeptes de la théorie contractuelle ne se tiennent pas pour battus ; et, guidés par le postulat classique de l'autonomie, ils s'efforcent malgré tout de faire reposer toute la vie juridique des associations et des sociétés sur la volonté individuelle initiale des contractants. Mais leur position est intenable. Ainsi ils objectent que, si les membres de la minorité des Assemblées doivent s'incliner

(1) Thaller, note au *Dalloz*, 93.1.108. — Cf. *Traité élém.*, 2e éd., p. 310-311 ; et, en matière d'associations, Saleilles, *op. cit.*, p. 582 s.

devant les décisions de la majorité, c'est en vertu du contrat originaire, qui d'avance a rendu contractuelles ces décisions ; que les modifications statutaires elles-mêmes ne sont que l'exécution d'une clause conventionnelle, expresse ou tacite, des statuts primitifs ; qu'ainsi aucun effet de droit ne se produit qui n'ait été individuellement voulu ; et que c'est donc toujours la volonté individuelle de chacun des contractants que l'on respecte et sanctionne à travers les résolutions de la majorité.

Mais ce n'est là que fiction et pur jeu d'esprit. C'est la vieille donnée du contrat social qui encore une fois reparaît, et dont décidément on ne se veut pas défaire. Rousseau disait de même que, par le fait de sa participation au « pacte social », le citoyen « *consent* à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui ». Et l'on pourrait également prétendre, avec ni plus ni moins de raison, qu'en prenant part à un scrutin pour l'élection d'un député, je *veux* toutes les lois que votera plus tard le candidat élu, même si c'est à son concurrent que je donne mon suffrage !

En réalité, quand par souscription ou par achat en Bourse j'acquiers une action ou quand j'entre dans une association, dans un syndicat par exemple, j'ignore totalement quelles décisions le fonctionnement normal et les conditions ultérieures d'existence de l'institution dont je deviens membre imposeront à ses organes compétents ; j'ignore au milieu de quelles circonstances l'institution aura à vivre, à quelles transformations économiques et sociales elle devra s'adapter, quelles mesures de toute nature seront nécessaires à sa prospérité. Je ne puis donc *vouloir* les décisions à venir et les modifications aux statuts, comme on veut dans un contrat tels ou tels effets de droit, qui doivent se réaliser comme ils ont été voulus. Il n'y a rien là qui res-

semble à un acte de prévision contractuelle. Il y a bien, si l'on veut, de ma part un acte d'*adhésion* : en ce sens que prenant librement place à l'intérieur d'un organisme collectif, j'adhère par là-même à ses conditions de vie et à sa discipline sociale, je *me soumets* volontairement à ses lois, à ses lois futures comme à ses lois actuelles. Mais adhérer ainsi, sans les connaître, aux manifestations futures d'une vie juridique collective, s'incliner à l'avance devant les décisions, quelles qu'elles soient, qui résulteront un jour du fonctionnement d'une institution et des circonstances de toutes sortes qui en détermineront l'imprévisible évolution, est-ce les produire par sa volonté ? Est-ce les vouloir au sens d'une volonté juridique créatrice, « au sens de la volonté qui agit sur la scène du droit, et qui exerce le pouvoir générateur des droits ? » (1) Embrasser une profession, accepter une fonction publique (2), contracter un engagement militaire, acheter ou bâtir une maison, fixer son domicile à l'étranger, tout cela, c'est bien aussi, si l'on veut, adhérer librement à une discipline juridique, c'est accepter des règles actuelles et se soumettre à l'avance à des règles futures. Se faire pharmacien, avocat, boulanger, c'est se placer par un acte libre de volonté dans le champ d'application du statut juridique propre à ces professions, et c'est d'avance adhérer aux diverses modifications qu'apporteront à ce statut les lois et règlements, les nouveaux usages corporatifs, voire les décisions des assemblées professionnelles. Or, dirait-on de ces modifications qu'elles ne sont que le développement du contenu juridique de la volonté indivi-

(1) Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910, p. 585.

(2) Sur cette hypothèse, qu'on a voulu faire aussi rentrer dans le cadre du contrat, voy. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 200 s. ; et Hauriou, *Précis*, 6e éd., p. 550 s.

duelle initiale et qu'elles puisent dans cette volonté toute leur force ? Pourrait-on invoquer ici le principe d'autonomie ? Pareillement, par le fait même qu'on achète ou qu'on bâtit un immeuble, on adhère non seulement à toutes les lois actuelles qui déterminent le statut juridique de la propriété immobilière, mais encore à toutes celles qui dans l'avenir viendront le transformer, qui, par exemple, établiront des impôts nouveaux, organiseront de nouvelles servitudes d'utilité publique ou modifieront le régime des droits réels. Or qui donc voudrait, s'autorisant de cet acte originaire d'adhésion, fonder l'application de toutes ces lois sur la volonté du propriétaire ? Dans ces diverses hypothèses — y compris celle de la souscription d'une action et celle de l'entrée dans un syndicat — on ne peut dire ni que les règles ou décisions nouvelles sont l'expression juridique de la volonté individuelle, ni qu'elles en constituent la violation. Un acte initial de volonté est sans doute nécessaire pour qu'elles puissent s'appliquer. Mais elles ne dérivent pas de cet acte comme les effets d'un contrat dérivent de ce contrat. La volonté individuelle est ici *condition*, elle n'est pas *cause*. L'acte d'adhésion qu'elle émet est moins un acte de *création* du droit qu'un acte de soumission au droit ou d'*abdication devant le droit* (1) : il y a abdication de la vo-

(1) Et aussi, peut-on dire, d'abdication devant le *fait*. Si accepter une modification aux statuts d'une société, c'est, à certains égards adhérer à une règle de droit, s'incliner devant les décisions courantes du conseil d'administration et des assemblées ordinaires (Ex. : actes de nomination, opérations commerciales diverses, transformations matérielles apportées à l'outillage économique), c'est bien plutôt adhérer à des faits (Voy. sur ce point l'étude déjà citée sur *L'institution et le droit statutaire*, où M. Hauriou montre bien en outre la différence qu'il y a entre adhérer à un fait objectif et consentir à un acte juridique). — Dans le contrat, au contraire, au lieu d'abdiquer

lonté individuelle devant les éléments juridiques objectifs de tous ordres que les conditions changeantes de la vie collective feront successivement apparaître, et que consacreront, conformément au but de l'institution et suivant ses lois fonctionnelles, les autorités sociales compétentes (législateur, assemblées générales, conseils d'administration, etc.).

Concluons donc avec M. Saleilles que, dans la théorie des associations et des sociétés, « la thèse individualiste... purement contractuelle, défigure la réalité » (1).

III. — Plus pernicieuse encore a été l'influence de la doctrine de l'autonomie en matière de *contrat de travail*, et, d'une manière générale, dans toute cette vaste portion du domaine juridique qui constitue le *droit professionnel*.

Pour les juristes strictement orthodoxes, tout se résout ici en des rapports libres de volontés individuelles. Le contrat de travail n'est qu'un contrat ordinaire, que la volonté privée règle à sa guise et qu'aucun principe supérieur ne domine. Tous les liens de droit existant entre patrons et ouvriers ont leur source unique dans la convention, leur unique mesure dans la volonté des parties. De plus, ces rapports sont rigoureusement individuels ; aucune solidarité juridique d'aucune sorte ne relie entre eux les membres d'une même profession ou les ouvriers d'une même

devant les faits futurs, la volonté s'efforce de les dominer en les intégrant d'avance dans un acte de prévision aussi précis que possible (Cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 158).

(1) *Personnalité juridique*, 1910, p. 602. Sur l'insuffisance de la thèse contractuelle, voy. aussi Windscheid, *Pandectes*, 7e éd., I, p. 49. — On trouvera sur certains points des conclusions assez voisines des nôtres, dans A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif*, thèse, 1909, p. 34-56.

usine ; ils sont les uns vis-à-vis des autres, au sens le plus complet du mot, des *tiers*, qui, à moins d'un pacte libre et toujours révocable d'association, ne sont pas censés juridiquement se connaître. En un mot, des contrats individuels où les volontés règnent souveraines, des liens individuels nés de ces contrats : voilà pour le juriste libéral tout le monde du travail, voilà tout le droit professionnel.

Telle a été la conception dominante au XIX^e^ siècle. On en est fort heureusement revenu. Cependant, quelque rares que soient aujourd'hui ceux qui l'adoptent sans réserve, cette conception a tenu dans l'histoire juridique une telle place, et elle incarne si merveilleusement l'idée individualiste d'autonomie, que nous ne pouvons nous dispenser de nous y arrêter quelques instants, pour démontrer la radicale insuffisance des principes qui l'inspirent.

A. — Le Pape Léon XIII, qui, dans son encyclique *Sur la condition des ouvriers*, prend vivement à partie la théorie purement individualiste du contrat de travail, dit que cette théorie « n'embrasse pas tous les côtés de la question ». Rien n'est plus exact. Ici comme ailleurs, les juristes individualistes — et c'est là le grand grief que dans toute la présente partie de notre étude nous ne cessons de leur adresser — ne savent apercevoir qu'une face des choses : leur face contractuelle. Toujours l'idée de contrat, par la fascination qu'elle exerce sur eux, dérobe à leurs yeux les réalités sociales profondes que les phénomènes contractuels recouvrent, ainsi que les lois naturelles que ces réalités impliquent. Il y a contrat, disent-ils ; donc autonomie de la volonté ; donc pas de droit objectif supérieur ; et donc aussi, pas d'intervention légale.

« Pareil raisonnement, dit Léon XIII, ne trouvera pas de juge équitable qui consente à y adhérer sans réserve. » Il y a contrat, soit. Mais le contrat n'est pas tout ; sociologiquement parlant, il n'est même pas ici l'élément essentiel. Si le régime du travail repose aujourd'hui sur le contrat, il n'en a pas toujours été ainsi, il n'en sera peut-être pas toujours ainsi. Esclavage, servage, corporation, contrat individuel, coopération,... ce sont là des formes juridiques passagères et contingentes (1). Elles ne doivent pas nous faire oublier le reste, je veux dire ce à quoi elles servent de vêtement. Or le reste, ce qui précisément demeure à travers les vissicitudes et les changements qu'enregistre l'histoire, c'est cette donnée sociologique essentielle, cette loi humaine primordiale, savoir : que le travail de l'homme est et doit être, quelle que soit la forme juridique que revête son exécution, le grand pourvoyeur de la vie. Depuis que la terre s'est couverte de ronces et d'épines, l'homme doit gagner son pain à la sueur de son front. « La sueur doit produire le pain. » Entretenir et perpétuer la vie humaine, la vie de chacun et celle de tous, voilà la fin nécessaire du travail, voilà la fonction, individuelle et sociale à la fois, que la nature lui impose (2).

(1) Ce qui évidemment ne veut pas dire qu'elles aient toutes la même valeur.

(2) Voy. sur ces questions les travaux de l'école catholique sociale, notamment les comptes-rendus des diverses *Semaines sociales* ; G. de Pascal, *L'Eglise et la question sociale*, 1891 ; P. Antoine, *Cours d'Economie sociale*, 3e éd., 1905 ; E. Duthoit, *Vers l'organisation professionnelle*, 1910 ; A. Boissard, *Contrat de travail et salariat*, 1911. Voy. aussi L. Polier, *L'idée du juste salaire*, thèse de Toulouse, 1903 ; A. de Tarde, *L'idée du juste prix*, thèse, Paris, 1907 ; P. Gerlier, *Des stipulations usuraires dans le contrat de travail*, thèse, Paris, 1907 ; G. Bevilacqua, *Saggio su la legislazione operaria in Italia*, Turin, 1906, p. 135. *Adde* : l'importante littérature suscitée par la question

Or, dans le régime actuel du contrat de salariat, il est certain que, d'une part, l'ouvrier n'a le plus souvent pour vivre que le salaire stipulé au contrat, et que, d'un autre côté, en échange de ce salaire, il met à la disposition du patron toute sa puissance de travail, la plénitude de son activité économique, « toute la fraction de vie comprise dans le temps où il est employé » (1) : c'est au point qu'on a pu dire (2) très justement qu'en matière de contrat de travail « nul ne peut servir deux maîtres ». Dès lors, des principes qui précèdent une conclusion découle inéluctable : c'est que le salaire ne satisfait aux exigences fondamentales de la justice objective, il ne permet au travail d'atteindre sa destination naturelle et nécessaire que s'il assure à l'ouvrier normal la suffisante vie. « Que le patron et l'ouvrier fassent donc, ajoute Léon XIII, tant et de telles conventions qu'il leur plaira, qu'ils tombent d'accord notamment sur le chiffre du salaire : *au-dessus de leur libre volonté, il est une loi de justice naturelle plus élevée et plus ancienne*, à savoir que le salaire ne doit pas être insuffisant à faire subsister l'ouvrier sobre et honnête. » Si le salaire ne suffit pas à la vie, il y a soit injustice du chef du maître, soit désordre social (3). Dans les deux cas, cette loi naturelle dont parle Léon XIII proteste. Dans le premier, c'est aux tribunaux à la faire respecter, si du moins un texte analogue au paragraphe 138, alinéa 2, du Code civil allemand leur

du minimum de salaire dans le travail à domicile, principalement : Abbé Mény, *Le travail à domicile, ses maux, ses remèdes*, Paris, Rivière, 1910 et P. Boyaval, *La lutte contre le sweating-system*, Paris, Alcan, 1911.

(1) Duthoit, *op. cit.*, p. 144.

(2) Duthoit, *ibid.*

(3) Sauf, bien entendu, lorsqu'on est en présence d'individus anormaux ou infirmes, ou lorsqu'il s'agit de « salaires de charité ».

en confère le pouvoir. Dans le second, c'est à la société tout entière et à ses divers organes, c'est à l'Etat et aux institutions publiques ou privées d'assistance ou de prévoyance, à réparer le désordre social en rétablissant la nécessaire adéquation entre le salaire et les exigences de la vie.

Il y a donc un certain *minimum de salaire* que des lois supérieures imposent et auquel on ne peut pas plus valablement renoncer par contrat qu'on ne peut renoncer à vivre. Et remarquons bien d'ailleurs que, dans l'affirmation de ce principe, il n'y a rien qui heurte en quoi que ce soit la conception courante de la justice commutative : car si l'ouvrier fournit au patron toute sa puissance de travail, n'est-il pas normal et souverainement équitable qu'en retour le patron paye au moins à l'ouvrier le *prix de revient minimum* de cette puissance de travail ? Or ce prix ne se confond-il pas nécessairement avec les exigences d'entretien du travailleur (1) ? Ce n'est donc qu'une fois sauvegardé ce minimum intangible, lorsqu'il s'agit seulement de fixer le quantum qui dans la plus-value revient à l'ouvrier en vertu de la causalité efficiente de son travail, qu'il y a place, dans la mesure du moins où le permettent les contingences sociales et économiques, pour une détermination libre par voie contractuelle.

Tel est le principe élémentaire de justice sociale qui domine tout le problème du contrat de travail. Il serait aisé de montrer qu'en dépit de certaines objections plus bruyantes que solides, que lui adressent de concert « juristes ortho-

(1) Cf. Boissard, *Contrat de travail et salariat*, Paris, Bloud, 1911, p. 45. — Ici encore, il importe de remarquer que nous supposons toujours qu'il s'agit d'individus normaux et de circonstances normales.

doxes » et « économistes de la stricte observance », il ne contredit de façon irréductible ni aux lois économiques sainement entendues, ni aux exigences essentielles de l'ordre juridique (1). Et nous croyons fermement qu'il apparaîtra d'une évidence irrésistible à quiconque consentira à dégager un instant sa pensée des cadres étroits et factices de la science juridique traditionnelle, pour essayer de découvrir directement dans la « nature des choses » les véritables conditions d'existence des sociétés humaines.

C'est pour avoir méconnu cette loi supérieure de justice, limitant l'autonomie contractuelle, que l'individualisme a toujours combattu les dispositions légales qui, directement ou indirectement, s'en sont inspirées et ont cherché à la réintégrer dans notre droit. Lorsque le législateur a voulu intervenir d'autorité pour assurer le paiement intégral et régulier du salaire et protéger le gain de l'ouvrier contre tout ce qui pourrait le détourner de sa destination naturelle et nécessaire (truck-system, retenues et amendes, saisies-arrêts, compensations, cessions volontaires, etc.), il a vu chaque fois se dresser en face de lui la thèse libérale. L'individualisme s'est aussi élevé avec force contre toute tentative d'introduire dans nos lois un texte qui, pareil à l'article 138, alinéa 2 du Code civil allemand, armerait les juges du droit d'annuler et de réformer les contrats de travail entachés d'injustice usuraire (2). Et ses protestations ont été plus véhémentes encore, lorsque, pour empêcher la rémunération des ouvrières travaillant à domicile de des-

(1) Cf. Boissard, *Contrat de travail et salariat*, 1911, p. 44 s. ; Gerlier, thèse, p. 35 s. ; A. de Tarde, thèse, p. 263 s.

(2) Voy. la bibliographie indiquée dans la note finale de la sect. II du chap. III. *Adde* : Duthoit, *L'injustice usuraire vis-à-vis du droit moderne*, dans *Semaine sociale de Rouen*, 1910, p. 203 s.

cendre au-dessous du « niveau marqué par la faim », la question a été agitée de la fixation légale ou corporative d'un *salaire minimum* (1). Qu'à de tels projets on oppose les difficultés de réalisation pratique, qu'on invoque pour les combattre des motifs d'opportunité, nous le comprenons sans peine. Mais, au fond des objections qu'ils soulèvent parmi les économistes et les juristes, il y a bien plus que des considérations d'opportunité. On se trouve en présence d'une hostilité systématique et de principe, qui, à dire vrai, procède en droite ligne de la doctrine de l'autonomie, telle que nous l'avons précédemment définie. C'est contre cette répercussion regrettable du dogme de la souveraineté du contrat que nous avons voulu ici protester.

B. — Mais laissons de côté la question du salaire et de sa quotité ; et supposons juste la rémunération convenue. Evidemment, le patron sera tenu, en vertu même du contrat, de payer la somme stipulée, comme l'ouvrier de fournir le travail promis. Mais est-ce là les seules obligations juridiques existant entre employeurs et employés ? On l'a cru bien longtemps et beaucoup l'affirment encore. En tout cas, cette opinion n'exprime plus l'état actuel de notre droit positif. Depuis un quart de siècle, le législateur n'a cessé de proclamer, pour le plus grand scandale des libéraux, qu'indépendamment du salaire convenu le patron devait à ses ouvriers, pour leur sécurité, pour leur repos, pour leur hygiène physique et morale, des garanties formelles. Citons au hasard comme s'inspirant plus particulièrement de cette

(1) Voy. dans *Rev. trim. de dr. civ.*, 1911, p. 501 s. le résumé, par M. Julliot de la Morandière, des multiples propositions de loi sur le salaire minimum, déposées à la Chambre depuis le début de la législature actuelle.

idée : la loi du 9 avril 1898 sur les accidents de travail et le « risque professionnel » ; la loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire ; celle du 29 décembre 1900 obligeant les patrons négociants à fournir des sièges à leurs employées ; et les nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui ont pour objet d'assurer la propreté et la salubrité des locaux où l'on travaille, l'isolement des appareils dangereux, la destruction des gaz nocifs, l'évacuation rapide des ateliers en cas d'incendie ou d'explosion, etc..., etc... (1).

Or les multiples obligations juridiques que ces lois proclament et dont les juristes placent volontiers l'étude sous la rubrique « contrat de travail » sont-elles de nature contractuelle ? Le législateur qui les formule ne fait-il que préciser certaines clauses d'usage et dégager les intentions tacites des parties, comme il le fait, dit-on, en matière de vente ou de bail à loyer ? Non certes. Ces obligations sont imposées par la loi à raison du contrat, mais elles ne procèdent pas du contrat ; et le but du législateur n'est pas d'*interpréter* des volontés individuelles, mais de définir et de sanctionner au nom du bien commun les exigences positives de la justice sociale (2). Nous avons même tort de dire que ces obligations sont imposées à raison du contrat. C'est à raison du travail qu'il faudrait dire. Elles sont le produit des conditions actuelles de l'industrie, telles que les ont faites les transformations économiques et sociales. Elles dérivent, non du contrat initial, mais de la *situation de fait* que l'exécution du travail établit entre patrons et ou-

(1) V. surtout les lois du 12 juin 1893 et du 11 juillet 1903 avec les règlements qui les ont suivies.

(2) Cf. à certains égards Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 297-298.

vriers et des intérêts moraux et sociaux que cette situation met en jeu (1).

De là découlent un certain nombre de conséquences :

1° Puisque ces obligations n'ont pas leur source dans le contrat lui-même, il n'y a rien d'étonnant à ce que la volonté des parties ne puisse en principe les écarter ni les modifier. Ainsi s'explique la présence dans nos lois ouvrières de cette petite formule qui revient à chaque pas comme un perpétuel refrain : « nonobstant toute clause contraire », ou « toute convention contraire est nulle » (2). Concevrait-on pareilles formules s'il s'agissait de conventions tacites, d'intentions présumées ? L'obligation que crée un contrat, un contrat doit pouvoir l'anéantir. En bonne logique, une volonté implicite ne peut l'emporter sur une volonté expresse. Contre ce simple argument sont venues se briser toutes les explications purement contractuelles des obligations patronales, et tout spécialement les théories bien connues des Sainctelette et des Sauzet, qui, en matière d'accidents de travail, prétendaient fonder la responsabilité de l'employeur sur une promesse tacite de sécurité (3). Ici encore, les juristes auraient voulu pouvoir dire : « Cela est juste, parce que cela a été voulu. » Il faut se résigner à dire : « Cela est, parce que cela est juste (4). »

(1) Rappr., à certains points de vue, E. Lévy, *Responsabilité et contrat*, *Rev. crit.*, 1899, p. 371 et 393.

(2) Sur cette formule prohibitive et sur sa nécessité pratique en l'état actuel du régime industriel, voy. dans le *Bulletin de la Société d'Etudes législatives* de 1906, p. 441 s., le rapport de M. Truchy et les observations présentées par MM. Colson, Jay et Paulet. V. aussi E. Châtelain, dans *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1909, p. 300.

(3) Cf. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897, p. 12 s. ; Lévy, *op. cit.*, p. 370 ; Saleilles, *L'Obligation*, 2e éd., p. 441 s. ; Planiol, II, 4e éd., n° 1857.

(4) Rappr. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 351.

2° Un autre caractère des lois dont nous parlons est qu'à partir de la date fixée pour leur entrée en vigueur, elles s'imposent indistinctement à tous les patrons et à tous les ouvriers, alors même que les contrats de travail intervenus entre eux seraient antérieurs à la promulgation de ces lois. C'est ainsi, par exemple, que, sauf l'effet des dispositions spéciales destinées à ménager les transitions, une mesure relative à l'hygiène ou à la sécurité des travailleurs doit être observée immédiatement par tous les employeurs, sans qu'aucun n'ait le droit d'attendre, pour s'y conformer, l'expiration des contrats en cours d'exécution. Or, si le contrat était le seul élément juridique entrant eu ligne de compte, et si la loi nouvelle se présentait vraiment comme une réglementation du *contrat* de travail, ne serait-on pas fondé à dire qu'il y a modification des « droits acquis », violation de la foi due aux contrats, immixtion abusive du législateur daus les effets d'actes juridiques légalement formés ? Et ne faudrait-il pas voir là « l'effet rétroactif » condamné par l'article 2 du Code civil et si justement redouté des juristes ? L'apparente rétroactivité disparaît au contraire, ou du moins n'a plus rien de choquant dans la théorie que nous proposons. Ce qu'à vrai dire le législateur réglemente, ce n'est pas le *contrat* de travail, c'est le travail lui-même ; c'est la *situation* de fait qu'engendre daus le moude industriel contemporain l'œuvre de production : situation, qui sans doute suppose d'ordinaire à l'origiue un coutrat, mais qui, à raison de sa permanence, de son importance sociale et de la gravité des intérêts de tous ordres qui s'y trouvent eu jeu, mérite d'être envisagée en elle-même et pour elle-même, indépendamment de l'acte juridique qui lui donne naissance, et douée d'un *statut* propre. A certains égards, l'attitude du législateur est ici la même qu'en

matière de droits réels ou en matière de droit familial. Quand il réglemente ces *situations* économiques qui s'appellent la propriété ou l'usufruit, ou quand il fixe les droits et devoirs respectifs des époux au sein de l'*institution* familiale, il n'entend aucunement intervenir dans une sphère contractuelle ; les situations à réglementer sont considérées par lui comme des éléments objectifs de notre organisation sociale se suffisant à eux-mêmes, et c'est en faisant totale abstraction des actes juridiques qui ont pu leur donner naissance (vente, donation, testament, mariage) qu'il détermine le droit qui devra les régir. C'est pourquoi les mesures qu'il édicte offrent la même apparence de rétroactivité. Les lois qui modifient le régime de la propriété ou de l'usufruit s'appliquent, mais pour l'avenir seulement — et cette réserve suffit pour que soit sauf le principe de l'article 2 du Code civil (1) — ces lois s'appliquent, disons-nous, à toutes les propriétés et à tous les usufruits (2), même à ceux acquis antérieurement à leur promulgation. Pareillement, les lois nouvelles sur la puissance maritale ou sur le divorce régissent même les époux mariés sous le règne des lois anciennes. Or la pensée ne vient à personne de dire de telles lois qu'elles violent des droits acquis et bouleversent des contrats réguliers. Il n'y a pas davantage lieu de le dire, en principe au moins, des lois ouvrières (3).

(1) Sur cette question de la rétroactivité des lois, telle que nous l'envisageons ici, il faut voir surtout : De Vareilles-Sommières, *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, *Revue critique*, 1893 ; Planiol, *Traité*, t. I, 4e éd., nos 240 s. ; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 593 s. — Cf. le chapitre de M. Duguit (*op. cit.*, p. 196 s.) sur les situations de droit objectif.

(2) Toutefois l'extinction de l'usufruit dépend de la loi sous laquelle il est né. V. Popoviliev, *Le droit civil transitoire ou intertemporal*, *Rev. trim.*, 1908, p. 503.

(3) Comparer, comme nous venons de le faire, le contrat de travail

3° Enfin, ces lois se rattachent si peu au contrat lui-même, qu'on peut fort bien concevoir leur application en dehors de tout contrat proprement dit. Sans doute, nous n'ignorons pas que, quand il s'agit de la loi de 1898 sur les accidents de travail, la Cour de cassation exige l'existence d'un contrat et d'un contrat juridiquement valable (1) ; qu'ainsi elle

au mariage ou à l'achat d'un immeuble, pourra paraître étrange. Les analogies sont pourtant frappantes, du moins en ce qui concerne l'importance de l'élément proprement contractuel et le rôle de la volonté individuelle. Ainsi, s'agit-il de la propriété ? Je suis libre assurément de devenir ou non propriétaire et de traiter à mon choix avec telle ou telle personne pour l'achat de tel ou tel immeuble. Mais le statut juridique de la propriété que j'aurai ainsi acquise, les prérogatives et les charges qui en découleront pour moi ne dépendent pas de ma volonté ; elles sont déterminées impérativement par le droit objectif et elles en suivent les vicissitudes. — S'agit-il du mariage ? Le futur époux est libre de se marier ou non, et de choisir telle ou telle épouse : Voilà la part de sa volonté individuelle. Mais quant au régime de l'institution familiale qui va naître du mariage, et aux droits et devoirs qui s'attacheront à la qualité d'époux, c'est la loi seule qui les fixe, et cela sans se référer aucunement à la volonté des parties. — Or, les choses ne *tendent*-elles pas à se présenter de façon analogue dans le contrat de travail ? Patrons et ouvriers sont libres de participer ou non à un contrat de travail et ainsi de prendre ou non place dans le régime industriel ; en outre ils choisissent librement le genre de travail ; ils choisissent aussi leurs cocontractants ; ils jouissent même d'une certaine liberté dans la fixation du salaire. Mais, par suite du développement de plus en plus considérable de la réglementation légale ou professionnelle (contrat collectif) de l'industrie, le régime même du travail *tend* à être soustrait plus ou moins complètement à l'empire des volontés individuelles. C'est ce que M. Duguit exprime en disant que « la situation du patron et de l'ouvrier cesse d'être une situation contractuelle et subjective, pour devenir une situation réglementaire et objective » (*Droit constitutionnel*, 1907, p. 549). Cet état de choses n'est pas, d'ailleurs, quelque chose de nouveau dans le monde. Les corporations de l'Ancien Régime nous en ont déjà donné le spectacle.

(1) Cass., 2 décembre 1901, S. 02.1.181 ; 8 décembre 1909, *Gaz. Pal.*, 1909.2.682 ; 1er mars 1910, *Gaz. Pal.*, 1910.1.502 ; 2 mars 1910, *Gaz Pal.*, 1910.1.679.

fait de la responsabilité patronale « non l'accessoire d'un travail régulier, mais d'un contrat de travail légal » (1). Mais à supposer que cette jurisprudence, que les Cours d'appel ne suivent pas d'ailleurs très docilement (2), soit à l'abri de toute critique, il est certain que pour bien d'autres lois ouvrières, par exemple pour les lois relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs, la nécessité d'un contrat ne se comprendrait pas. Imaginez un régime social où, tout en s'effectuant dans des conditions semblables aux conditions actuelles, le travail ne reposerait pas sur le contrat, par exemple un régime de semi-esclavage ou de servage, dans lequel les travailleurs n'auraient pas le libre choix de leur profession et de leur atelier ; ou, sans aller jusque-là, supposez qu'on emploie des prisonniers ou des soldats à des travaux industriels ; est-ce que, en pareil cas, les mêmes raisons supérieures de justice sociale n'imposeraient pas les mêmes mesures de sécurité et d'hygiène ? En fait, l'importante loi du 12 juin 1893 nous dit (3) qu'elle vise tous les établissements où s'accomplit un travail industriel, alors même que ce seraient des établissements « de bienfaisance » ou « d'enseignement professionnel ». Pareil langage se rencontre aussi dans la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants et des femmes dans l'industrie (art. 1). Bien plus, même en ce qui concerne la loi de 1898 sur les accidents, un projet de loi déposé par le gouvernement (4) propose d'en étendre le principe aux pénitenciers

(1) R. Demogue, *Chron. de jurisp.*, *Rev. trim.*, 1911, p. 444.

(2) Lyon, 24 déc. 1907, S. 1908. 2. 199 ; 9 juillet 1908, S. 1909. 2. 8 ; Nîmes, 23 mai 1909, S. 09.2. 176.

(3) Art. 1, mod. le 11 juillet 1903.

(4) Le 28 janvier 1907. De même, on a plusieurs fois proposé d'étendre la loi de 1898 aux accidents et maladies dont les soldats sont victimes par le fait ou à l'occasion du service (V. *Rev. trim. de dr. civ.*, 1911, p. 494).

et aux établissements hospitaliers. Or, entre l'individu hospitalisé et le conseil d'administration de l'hospice, entre le prisonnier et l'Etat, peut-on sérieusement parler d'un *contrat* de travail ?

C'est donc bien à tort que les juristes considèrent indistinctement toutes les lois ouvrières comme une réglementation du *contrat* de travail. A côté du droit né des *contrats*, il y a un droit né des *situations* et de leurs relations avec « l'ensemble des choses », des intérêts divers que ces situations mettent en jeu, des droits supérieurs de la personne humaine qui s'y trouvent engagés. Et c'est de ce nouvel élément de droit objectif indépendant des volontés individuelles que nous tenions à signaler la méconnaissance par la doctrine classique de l'autonomie.

C. — Nous avons jusqu'ici négligé un aspect fort important du régime actuel du travail. De même qu'une abeille ne fait pas à elle seule une ruche, ni un musicien un orchestre, de même un contrat isolé entre un patron unique et un unique travailleur ne crée pas ce que nos lois ouvrières appellent un « établissement industriel ». Dans les conditions économiques contemporaines, pour que l'œuvre de production s'accomplisse, il faut d'ordinaire qu'autour du même outillage mécanique et sous la direction du même patron, les ouvriers viennent se grouper nombreux et qu'unis par une discipline collective, ils coordonnent et orientent vers le but commun leurs individuels efforts.

Or, ce groupement humain, de nature et de forme très spéciales, et qui constitue l'usine, a-t-il, en tant que tel, quelque réalité juridique ? Nos doctrines classiques le connaissent-elles ? Aucunement. Le juriste individualiste ne sait voir partout que des contrats individuels, rien de

plus. Pour lui, l'usine n'est qu'une *juxtaposition de contrats individuels*, contrats qui, pour être juxtaposés, n'en restent pas moins absolument indépendants les uns des autres, et dont chacun se forme, s'exécute, s'interprète comme s'il était seul. Juridiquement, les ouvriers d'un même patron sont entre eux comme divers commerçants qui ont contracté avec la même personne. Hormis le cas de faillite, ils ne se connaissent pas.

On ne saurait mutiler plus étrangement la réalité. Il y a certes, pour constituer l'usine, une série de contrats passés par des individus. Mais il n'y a pas que cela. A qui fera-t-on croire que tout le fonctionnement d'un grand établissement industriel n'est que l'exécution de mille petites conventions individuelles aussi étrangères les unes aux autres que les contrats successivement passés par une même personne avec un boucher, un tailleur et un agent de change ? Tout ce que nous avons dit précédemment de la thèse purement contractuelle et de ses insuffisances en matière d'associations et de sociétés par actions, nous pourrions le répéter ici, presque sans aucune variante. A côté des *contrats*, où les ouvriers interviennent comme *parties*, il y a l'*institution* organique, dont ils deviennent *membres* : membres solidaires, dont la collaboration active et intelligente à une œuvre commune et la soumission à une même discipline font de véritables associés (1). Comme la société anonyme, comme l'association, comme la famille, l'usine constitue une réalité sociale indépendante, qui mérite elle aussi de revêtir une figure juridique spéciale. C'est un organisme collectif, un corps unitaire, pourvu d'organes parfaitement aména-

(1) Cf. E. Châtelain, *De la nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur*, Paris, 1902 ; Boissard, *Contrat de travail et salariat*, 1911, p. 66. — V. aussi Saleilles, *L'Obligation*, 2e éd., p. 445.

gés et équilibrés, et vivant d'une vie propre et autonome. Ainsi la considèrent le langage et l'opinion commune ; et telle aussi elle apparaît à l'économiste et au sociologue (1). Pourquoi le juriste serait-il obstinément le seul à ne pas voir les choses telles qu'elles sont ?

Bien entendu, il ne saurait être question de doter les établissements industriels de la personnalité morale ; car ils n'ont pas à participer en tant que tels au commerce juridique. Mais, si on consentait à se pénétrer des considérations qui précèdent, peut-être hésiterait-on moins à organiser sur des bases plus harmoniques leur aménagement intérieur, en donnant par exemple à la collectivité des ouvriers une représentation permanente dans des « conseils d'usine ». Surtout, et c'est là seulement que nous en voulions venir, on comprendrait mieux la vraie nature juridique des *règlements d'atelier* et on s'en inspirerait plus résolument dans les réformes qui se préparent (2).

(1) Il serait aisé, croyons-nous, de retrouver ici tous les éléments de la définition de *l'institution incorporée*, telle que la formule M. Hauriou (*Principes de droit public*, 1910, p. 129) : « Une organisation sociale, en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence individuelle est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs, et qui a réalisé dans son sein une situation juridique. » Voy. d'ailleurs *ibid.*, p. 212, où M. Hauriou va jusqu'à dire que l'usine « est destinée, tôt ou tard, à devenir un établissement d'utilité publique. »

(2) Voy. l'article 9 du Projet de la Société d'études législatives sur le contrat de travail, et le titre III du Projet de loi déposé par le gouvernement le 2 juillet 1906 (Projet Doumergue). On trouvera sur le règlement d'atelier de nombreux renseignements de tous ordres dans la thèse de M. Deligny, *Le règlement de travail*, Nancy, 1907. Voy. aussi Cailleux, *La question des règlements d'atelier en France*, *Rev. d'écon. pol.*, 1901, p. 890 s. et p. 985 s. ; *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, p. 94 s. et p. 153 s. ; H. du Roure, *Le règlement d'atelier et le contrat de travail*, dans *Le mouvement social*, décembre 1911.

Dans la pure conception classique, le règlement d'atelier n'est qu'un document rigoureusement contractuel, qui fait partie intégrante de chacune des conventions individuelles de travail et n'a de valeur qu'à ce titre. Il se forme comme un contrat, s'interprète comme un contrat, et, comme tout contrat, ne peut être modifié que du consentement mutuel des deux parties.

Il est tout autre chose dans la théorie institutionnelle. Si l'usine n'est pas une poussière amorphe d'individus, mais une institution organique, comme toute institution elle ne peut vivre et prospérer qu'à la condition qu'une loi collective maintienne entre ses membres l'ordre et l'harmonie nécessaires, et assure entre les manifestations successives ou simultanées de leur activité la coordination et la subordination que requiert le succès de l'œuvre commune. Or, cette *loi collective*, véritable charte de l'organisme social, c'est le règlement d'atelier. Quant au *législateur* qui la promulgue et en impose le respect, c'est celui qui, en fait, dans le régime industriel contemporain, est socialement reconnu comme le chef nécessaire de l'usine, celui qui, avec les prérogatives de l'*autorité*, en a les responsabilités et les risques : le patron. Tel le maire dans sa commune, tel le patron dans son usine : l'un et l'autre font des *règlements*.

De ces deux conceptions, il se peut qu'aucune ne soit absolument adéquate à la réalité juridique actuelle ; car, à dire vrai, le règlement d'atelier apparaît encore à certains égards comme un acte hybride, analogue aux statuts d'une société par actions, et participant à la fois du contrat et du règlement. Si cependant il nous fallait choisir, nous n'hésiterions pas à préférer la théorie réglementaire, persuadé que, tôt ou tard, disparaîtront entièrement les derniers vestiges de contrat, que l'influence de la tradition nous fait encore découvrir ici.

A l'encontre de la théorie contractuelle, on se contente d'ordinaire de faire valoir que, les conditions du travail ne pouvant varier pour chaque ouvrier, le règlement d'atelier doit forcément être accepté par tous comme un bloc et qu'ainsi toute possibilité de libre discussion individuelle se trouve supprimée. Assurément, c'est déjà là une grave atteinte aux principes classiques du contrat. Mais il faut, croyons-nous, aller beaucoup plus loin et reconnaître hardiment qu'il est impossible de découvrir en fait et d'exiger en droit, à la base du règlement d'atelier, l'acte *individuel* de *consentement*, même global, indispensable à la formation de tout contrat.

Si l'on y regarde de près, en effet, la mise en vigueur d'un règlement d'atelier ne soulève pas une question de consentement individuel, qui se poserait de façon distincte à propos de chacun des contrats particuliers et dont la solution serait susceptible de différer d'un ouvrier à l'autre. Si les juges examinaient le problème sous cet angle, et si par suite ils appliquaient ce principe universellement admis en matière de convention, savoir que le fait de consentir ne se présume pas et que tout doute à ce sujet doit s'interpréter contre la formation du contrat (1), il n'y aurait pas une seule usine qui dans de telles conditions pourrait fonctionner normalement. Dans l'intérêt de la bonne marche des établissements industriels, il faut absolument qu'à partir d'un certain moment et une fois observées certaines prescriptions imposées par le droit, les règlements d'ateliers soient, comme les règlements administratifs (2), opposables

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des Obligations*, I, p. 59-60, avec nombreuses références.

(2) On sait que lorsque, sur la demande d'un intéressé, le Conseil d'Etat annule un règlement administratif, sa décision produit ses ef-

et applicables à tous ou à personne. C'est pourquoi on est forcément conduit à se contenter ici, au lieu d'un *consentement individuel* de la part des ouvriers, d'une *notification collective* de la part du patron. Tout ce que les juristes ont pu et peuvent en fait exiger pour la validité du règlement d'atelier, c'est une mesure générale de publicité, un affichage. Régulièrement publiés, les règlements d'atelier, comme les règlements administratifs, s'imposent au respect de tous. Peu importe qu'ils soient ou non *individuellement voulus* ; il suffit qu'ils aient été *collectivement connus* (1). Quant à prétendre que cette notification collective les transforme *ipso facto* en contrats individuels, on ne saurait le faire sans retomber une fois de plus dans toutes les vieilles fictions du « contrat social » (2).

fets non seulement à l'égard du demandeur, mais *erga omnes*. — Pareillement, l'interprétation d'un règlement d'atelier, comme celle d'un règlement administratif, doit forcément être la même pour tous. Il faut une interprétation « objective », envisageant les diverses clauses non à travers les intentions subjectives des parties. mais objectivement, dans leurs rapports avec la bonne administration de l'usine. Et, pour faire cette interprétation, il semble que l'on doive se placer non au moment de la *formation* du règlement, comme s'il s'agissait d'un contrat, mais au moment de son *application*, comme on fait d'ordinaire en matière de lois et d'arrêtés administratifs.

(1) Sans doute il est arrivé parfois aux tribunaux de considérer comme non avenues certaines clauses exorbitantes de règlements d'atelier, sous prétexte qu'elles n'avaient pas fait l'objet d'un consentement incontestable de la part de l'ouvrier (Voy. par ex. le jugement rapporté par M. R. Jay au *Bulletin de la Soc. d'ét. lég.*, 1906, p. 101). Mais si de tels procès semblent se dérouler dans un cadre rigoureusement contractuel, ce n'est là qu'une apparence. Il s'agit au fond de véritables instances en *annulation pour excès de pouvoir*, telles qu'on en rencontre tous les jours en droit administratif.

(2) Les règlements d'atelier, dit-on d'ordinaire, « sont imprimés et affichés dans l'atelier, et chaque ouvrier est *présumé, par le fait de son entrée, les avoir acceptés. C'est par cette acceptation tacite que se*

Au reste, cette assimilation du règlement d'atelier aux règlements administratifs ou aux lois proprement dites vient si naturellement à l'esprit, que les juristes, même les plus fidèles aux principes traditionnels, ne peuvent s'empêcher de la faire et d'user d'un langage qui jure avec la théorie contractuelle. Il suffit, pour s'en rendre compte, de se reporter à la discussion dont cette question a été l'objet à la Société d'études législatives. Ecoutons, par exemple, M. Lyon-Caen (1) : « Vous vous êtes dit : il faut faire attention que le règlement ne soit pas *opposable* (2) aux ouvriers lorsqu'ils n'en ont pas eu *connaissance* (3). C'est fort juste...

forme le contrat » (Hubert-Valleroux, *Le contrat de travail*, cité par Cailleux dans *Rev. d'écon. pol.*, 1901, p. 891). Nous préférons, quant à nous, ne pas nous encombrer de conceptions aussi artificielles. Nous dirons simplement : Si le règlement d'atelier remplit toutes les conditions de validité fixées par le droit, l'ouvrier, *par le fait de son entrée à l'usine, s'y trouve soumis*, de même que, par le fait de son entrée dans une commune, toute personne se trouve soumise aux arrêtés de police municipale régulièrement pris par le maire. Pareillement, par le fait de son entrée dans une Faculté, même libre, tout étudiant se trouve soumis à la discipline de l'institution et à l'autorité du doyen. De même encore, par le fait même qu'un fidèle pénètre dans une église pour assister aux cérémonies du culte et participer à la vie religieuse paroissiale, il doit se soumettre à une discipline collective et s'incliner devant l'autorité nécessaire et les pouvoirs de police du curé. On a beau proclamer que celui-ci est « un occupant sans titre juridique », la jurisprudence est bon gré mal gré amenée à reconnaître et à sanctionner son autorité. Cf. parmi bien d'autres décisions, Cass., Ch. crim., 1er décembre 1910 (S. 11.1.345 avec note de M. Roux) et le rapport de M. le conseiller Mercier.

(1) *Bulletin de la Soc. d'ét. lég.*, 1906, p. 164.

(2) Normalement, on ne parle d'opposabilité que lorsqu'il s'agit de *tiers*, c'est-à-dire de personnes qui ne sont pas censées être *parties* à un acte.

(3) Il faudrait dire « lorsqu'ils n'y ont pas *consenti* ». Subir une discipline en connaissance de cause, ce n'est pas la vouloir d'une volonté contractuelle, créatrice de droit.

The Center for Research Libraries scans to provide digital delivery of its holdings. In some cases problems with the quality of the original document or microfilm reproduction may result in a lower quality scan, but it will be legible. In some cases pages may be damaged or missing. Files include OCR (machine searchable text) when the quality of the scan and the language or format of the text allows.

If preferred, you may request a loan by contacting Center for Research Libraries through your Interlibrary Loan Office.

Rights and usage

Materials digitized by the Center for Research Libraries are intended for the personal educational and research use of students, scholars, and other researchers of the CRL member community. Copyrighted images and texts are not to be reproduced, displayed, distributed, broadcast, or downloaded for other purposes without the expressed, written permission of the copyright owner.

© Center for Research Libraries
Scan Date: June 30, 2010
Identifier: d-g-000142-f4

La Commission suppose que dans la loi à faire il y aura des formalités de publicité organisées pour le règlement d'atelier. C'est encore extrêmement juste : *il y a, du reste, beaucoup de lois industrielles dont l'affichage est ordonné...* »

Et quelques lignes plus loin, M. Lyon-Caen établit un parallèle entre les formalités de publicité dont il s'agit et celles que le droit civil exige pour certains actes juridiques. Or, cette nouvelle comparaison qui, elle aussi, est toute naturelle, nous transporte d'emblée, comme la première, bien loin des cadres du système contractuel. Jamais en effet, en droit civil, une formalité de publicité n'est imposée pour rendre un acte juridique valable *inter partes*, mais seulement pour le rendre opposable aux *tiers*, à des personnes qui n'y ont pas consenti et qui ne sont aucunement appelées à y consentir. Laisser entendre que les ouvriers d'une usine sont à certains égards dans une situation analogue à celle de ces tiers, c'est donc reconnaître qu'ils ne sont pas parties au règlement comme on est partie à un contrat (1), et que, par conséquent, le règlement d'atelier n'est pas un contrat, mais une manifestation de la volonté unilatérale du patron.

D'un autre côté, c'est aussi une exigence impérieuse du bon fonctionnement de l'usine, que le patron puisse apporter dans la tenue générale et dans la marche de son industrie les changements imposés par les conditions nouvelles

(1) En réalité, ils ne sont ni *parties*, ni *tiers*. La distinction classique, telle qu'on l'entend d'ordinaire, n'a pas une valeur exhaustive. L'étude des actes juridiques collectifs (concordat commercial, contrat collectif de travail) amène les juristes à reconnaître des situations juridiques intermédiaires entre celle de partie et celle de tiers. Voy. la thèse de M. André Rouast sur le *Contrat collectif* (1909).

de la vie économique, et par suite modifier, quand besoin est, le règlement d'atelier. Ce pouvoir continuel d'évolution et d'adaptation qu'en dépit des théories contractuelles on a dû reconnaître aux statuts de la société par actions, on doit *à fortiori* le reconnaître aux statuts de l'usine, car, contenant d'ordinaire une réglementation plus minutieuse, ils ont par là-même besoin d'une plus fréquente mise au point. Or, peut-on ériger en principe que toute modification du règlement est une violation des contrats individuels de travail et qu'il faut y appliquer les sanctions ordinaires de la violation des contrats ? Si le patron apporte un changement quelconque dans son exploitation ou dans la discipline intérieure du groupe, si, introduisant quelque machine nouvelle, il prescrit de nouvelles mesures de sécurité, s'il modifie les attributions des surveillants et des contremaîtres, si, pour parer à certains dangers ou réprimer des abus, il édicte, au nom de l'hygiène, de la moralité ou des convenances, certaines règles nouvelles jugées nécessaires, dira-t-on qu'il porte atteinte à des contrats et autorisera-t-on chaque ouvrier *individuellement* à exiger soit le rétablissement des conditions antérieures, soit des dommages-intérêts pour inexécution du contrat, ou, tout ou moins, si celui-ci est à durée indéterminée, l'observation des règles du délai-congé ?

Il ne nous paraît ni désirable, ni pratiquement possible qu'on en vienne là. Et ils ont, croyons-nous, fait fausse route ceux qui, pour protéger l'ouvrier contre l'arbitraire du patron, ont cherché une limite à cet arbitraire dans l'application des seuls principes contractuels. Le vrai remède doit être cherché ailleurs. A propos des sociétés par actions, nous avons dit après M. Thaller que « modifier les statuts, c'est non rompre un contrat, mais perfectionner un orga-

nisme ». Il faut répéter ici la même formule et par conséquent cesser de croire que toute modification de la discipline d'une institution constitue *par elle-même* une atteinte à des *droits acquis*. Les situations disciplinaires donnent naissance à des « intérêts légitimes », elles n'engendrent pas des « droits acquis » (1).

Si contre cette manière de voir on objecte qu'elle tend à abaisser les barrières entre le droit public et le droit privé(2), nous dirons qu'il y a beau temps qu'on a signalé l'absence de caractères irréductibles et de limites précises entre ces deux branches du droit ; et qu'à supposer d'ailleurs qu'en réintégrant l'institution à côté du contrat, le mouvement juridique contemporain doive avoir pour résultat de hâter les transformations du droit public (3) et de ruiner de plus en plus la vieille notion romaine, césarienne et jacobine de l'Etat seul puissant et donc tout-puissant, ce n'est pas nous

(1) Ce principe de droit administratif domine, on le sait, la théorie des actes d'autorité et celle du recours en annulation pour excès de pouvoir. — Voy. Hauriou, *Précis*, 6e éd., p. 413 s., notamment p. 422, pr. « L'intérêt légitime » donne seulement qualité pour intenter, s'il y a lieu, un recours en annulation pour excès de pouvoir.

(2) Cf. Dereux, *Rev. trim.*, 1910, p. 611 : « Donner la puissance publique à tout le monde, n'est-ce pas la détruire ? »

(3) Sur ces transformations, v. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*, 2e éd., 1911 ; Deslandres, *Influence de l'évolution sociale sur l'organisation politique de la démocratie*, dans *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 229 s. — Cf. aussi Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 567 s. Mais, en rattachant ces transformations à un développement du *contrat* (*lex privata*) au détriment de la *loi*, M. Demogue nous paraît caractériser assez inexactement les règlements d'atelier, les contrats collectifs et les autres règlements privés. Car ce ne sont pas des contrats ; et s'ils constituent un empiètement sur ce qui était considéré jadis comme le domaine exclusif de la *loi*, ils empiètent tout autant sur l'autonomie privée conçue à la façon classique.

qui nous en plaindrons. Quant à ceux (1) qui protesteraient au nom de l'autonomie individuelle et qui diraient : « Gardons-nous bien d'attribuer à de simples particuliers le pouvoir réglementaire, le droit d'édicter des prescriptions qui s'imposent aux tiers sans leur consentement. L'ouvrier est déjà assez faible en face du patron ; ne lui enlevons pas les quelques parcelles de liberté qui lui restent » ; à ceux-là nous répondrons qu'il ne s'agit pas de concéder ou de refuser au patron des pouvoirs que par hypothèse il n'aurait pas, mais de reconnaître ouvertement ceux qu'il exerce en fait. Si l'on veut limiter et discipliner cette « sorte de *dictature* imposée par la nécessité » (2), la première condition est d'en constater d'abord l'existence. Au reste, ne soyons pas dupes des apparences et n'allons pas croire la théorie contractuelle plus protectrice de l'ouvrier. Si le despotisme jacobin est fils du « contrat social », l'absolutisme patronal risque d'être aussi l'aboutissant du principe contractuel. Car, grâce à la fiction classique que les clauses du règlement d'atelier sont acceptées *per modum contractus,* tout pouvoir de contrôle se trouve dénié aux juges, qui doivent en sanctionner les yeux fermés toutes les dispositions, même les plus exorbitantes (art. 1134, C. civ.).

Tout danger d'abus est au contraire écarté dans la théorie réglementaire. Si le patron n'agit pas en simple contractant, mais en chef reconnu d'une institution sociale, l'autorité qu'il détient, comme toute autorité (3), est une mission, une charge, une fonction (4). Il ne la possède pas

(1) Ex. : G. Dereux, *Nature juridique des contrats d'adhésion*, *Rev. trim.*, 1910, p. 510 et p. 526.

(2) Raoul Jay, *Bull. de la Soc. d'ét. lég.*, 1906, p. 100.

(3) Cf. H. Lorin, *Idée individualiste ou idée chrétienne comme fondement du droit*, dans *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 73.

(4) Elle s'analyse en des obligations autant qu'en des droits. Le

dans son intérêt personnel exclusif, mais dans l'intérêt général de l'institution (1) : cet intérêt en est à la fois la raison d'être et la limite. Dès lors, rien ne s'oppose plus *à priori* à ce que, sur certaines manifestations de cette autorité, une autre autorité (conseil des prud'hommes, inspecteur du travail) vienne, dans la mesure où le permet la bonne marche de l'usine, exercer un utile contrôle,et vérifie la conformité du règlement d'atelier avec les conditions organiques de la vie du groupe. Et, d'un autre côté, l'application — *mutatis mutandis* — de la théorie administrative de l'annulation pour excès de pouvoir semble s'imposer ici tout naturellement. On dira, par exemple, qu'il y a *vice de forme,* quand les mesures de publicité prescrites n'auront pas été observées. Lorsque, sous couleur de réglementer le travail à l'usine, le patron se sera immiscé dans la vie religieuse ou civique des ouvriers, on invoquera l'*incompétence* ou le *détournement de pouvoir* ; et le juge annulera pour *violation de la loi et des droits acquis* toute disposition ou toute modification du règlement qui cacherait une atteinte carac-

patron est *obligé* de réglementer le mieux possible le fonctionnement intérieur de l'usine. C'est pourquoi, avant la loi du 9 avril 1898, il suffisait qu'il n'ait pas prescrit toutes les mesures de sécurité imposées par l'usage ou par les circonstances, pour que la jurisprudence mît à sa charge tous les accidents. — V. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, 1897, p. 10.

(1) C'est ce que comprennent d'ailleurs en fait les patrons, dans la très grande industrie du moins. Plus un établissement industriel est important, plus le patron semble avoir le sentiment de remplir une fonction dans l'intérêt de tous ; et par suite plus rares sont les abus. — M. Alfred de Tarde (*L'idée du juste prix*, thèse de Paris, 1906, p. 355) signale quelque chose d'analogue dans certains grands trusts d'Amérique, qui, par un « souci relatif des intérêts du public », n'ont pas élevé les prix aussi haut qu'ils l'auraient pu, et ont quelque peu revêtu « l'allure d'une administration générale pourvoyeuse de subsistances ».

térisée aux droits propres de l'ouvrier, soit à ceux que lui confère la loi (1), soit à ceux qu'il tient du contrat (2).

Assurément tout ne va pas sans difficulté. Et l'application du dernier chef d'annulation, à vrai dire le principal, soulève dès l'abord une question pleine de menaces : quand pourra-t-on dire qu'il y a *droit acquis* ? Quels sont les droits propres de l'ouvrier ? Mais, pour délicat qu'il soit, le pro-

(1) Par ex. la loi de 1898 sur les accidents (art. 30, dernier alinéa, 2°), la loi du 17 décembre 1890 (C. civ., art. 1780, 5e al.), celle du 7 décembre 1909 sur le paiement des salaires, etc...

(2) Nous avons déjà dit qu'il fallait distinguer du *règlement d'atelier* le *contrat individuel* de travail, qui en conditionne l'application à tel ou tel ouvrier déterminé. Voy. d'ailleurs ce que nous avons dit plus haut (ch. III, sect. III *in fine*) sur la nature juridique des contrats d'adhésion. — Comme l'actionnaire, l'ouvrier réunit deux qualités : en même temps qu'il est *membre* de l'organisme collectif et, comme tel, *sujet de la discipline*, il est aussi *partie* à un acte juridique, qui lui confère des droits propres. Et l'on ne peut, sous prétexte qu'on le considère en tant que membre de l'organisme, lui enlever les droits qu'il possède comme partie au contrat. Parmi ces droits, il faut évidemment mettre en première ligne le droit au salaire stipulé. C'est pourquoi devrait être déclarée nulle la clause d'un règlement d'atelier, qui, pour une faute minime, pour une de ces négligences que presque tout ouvrier est exposé un jour ou l'autre à commettre, prononcerait une amende exorbitante, équivalant à plusieurs journées de travail. Voy. un exemple dans Cailleux, *La question des règlements d'atelier en France*, *Rev. d'écon. pol.*, 1901, p. 898. — Cf. au sujet d'une amende infligée à une artiste par son directeur en vertu du règlement intérieur du théâtre, la décision du trib. de la Seine du 9 juin 1905 (S. 1906.2.252 avec note), intéressante à examiner du point de vue institutionnel. — Voy. d'autre part un exemple de modification nulle pour violation de la loi et des droits acquis dans *Dalloz*, 09.2.121 (Trib. de Lille, 19 février 1906) avec note de M. Pic. Il s'agit de l'introduction dans un règlement d'atelier d'une clause impliquant renonciation à toute indemnité en cas de rupture abusive du contrat. En étudiant de près cette espèce, on verra aisément combien la théorie réglementaire que nous exposons ici est plus simple et plus pratique que les théories contractuelles.

blème n'est pas insoluble. Au fond, il n'est pas autre que celui qu'il a fallu résoudre en matière de sociétés par actions, quand il s'est agi de déterminer les *droits propres* ou *Sonderrechte* de l'actionnaire, devant lesquels s'arrêtent les pouvoirs des assemblées générales. Or si la jurisprudence a pu dans un cas arriver tant bien que mal à une solution acceptable, pourquoi dans l'autre en serait-elle incapable ?

D'ailleurs, il va sans dire qu'affirmer la nécessité d'une autorité dans l'usine et reconnaître à cette autorité le pouvoir réglementaire (1), ce n'est pas proclamer par là-même immuable et intangible le mode actuel de son exercice. La dictature — puisque le mot a été prononcé (2) — la dictature du patron tient à l'état présent « d'inorganisation du personnel ouvrier de l'usine » (3). Il se peut qu'un jour vienne où une monarchie constitutionnelle remplace la dictature et où, délégués ouvriers et patrons collaborant dans des « conseils d'usine » à l'exercice du pouvoir (4), une partie des clauses du règlement d'atelier résulteut d'accords collectifs (5). Toutefois, le règlement d'atelier ne

(1) A noter que ce pouvoir réglementaire était officiellement reconnu et organisé par le projet de loi élaboré au début du Consulat par Louis Costaz sur l'ordre de Chaptal, ministre de l'intérieur. Voy. en effet l'exposé qu'en fait M. Cailleux dans *Rev. d'écon. pol.*, 1901, p. 895 s.

(2) R. Jay, *Bull. de la Soc. d'ét. lég.*, 1906, p. 100.

(3) R. Jay, *ibid.*

(4) Cette organisation a déjà été parfaitement réalisée dans l'usine de M. Harmel au Val des Bois. Voy. dans le *Social* du 8 mai 1910 l'article de J. V. intitulé : *La démocratie dans l'usine.*

(5) Une partie seulement ; car il faudrait toujours laisser au patron la part d'autonomie indispensable à la bonne gestion de l'usine. Voy. sur ce point la très intéressante convention collective de Verviers du 30 octobre 1906, dont une partie se trouve reproduite dans Lecoq, *La pratique des conventions collectives de travail* (*Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 205-206).

changerait pas pour cela de nature. Ce serait toujours un règlement, un acte d'autorité, la charte collective d'une institution organique. Au sein des assemblées, quelles qu'elles soient, qui l'élaboreraient ou le modifieraient, il y aurait toujours des majorités dont la décision ferait loi et des minorités qui bon gré mal gré devraient se soumettre. Et, par rapport à chacun des ouvriers en particulier, le règlement d'atelier apparaîtrait toujours, non comme la libre manifestation de sa volonté individuelle, mais comme l'expression d'une volonté supérieure, comme le produit de la volonté organique du groupe (1). Les cadres du contrat individuel resteraient impuissants à le contenir.

Notons enfin — et ce sera l'unique excuse à la longueur des développements qui précèdent — que le règlement d'atelier n'est pas un phénomène sans analogue dans le monde juridique, et que les caractères qui le distinguent se retrouvent, plus ou moins nettement accusés, dans presque tous les *contrats d'adhésion*. Au fond, le contrat d'adhésion nous semble un mélange hybride de statut et de contrat. Ses clauses, souvent si nombreuses, ne sont que pour partie la réglementation d'un contrat individuel (2) ; elles constituent pour le surplus la charte d'une situation institutionnelle, dans laquelle la situation contractuelle tend de plus en plus à s'absorber (3). Il y a, comme dit M. Hau-

(1) Cf. les décisions d'une assemblée générale d'actionnaires par rapport à chacun des actionnaires en particulier.

(2) C'est cette partie seulement des clauses que nous avons étudiée au chap. III, sect. III, *in fine*, pour déterminer quelques principes généraux d'interprétation.

(3) Naturellement, les clauses qui du point de vue contractuel sont les plus importantes le sont d'ordinaire fort peu du point de vue institutionnel, et inversement. Cela nous explique pourquoi, sur cette

riou (1), « institution sous roche ». Parfois même, cette institution sous-jacente à la multiplicité des contrats individuels (2) se trouve en voie de devenir un établissement d'utilité publique.

Il est par exemple de toute évidence que les règlements minutieux des chemins de fer, qui s'imposent à la multitude des voyageurs comme une discipline collective nécessaire, ne sont pas de nature contractuelle. Il faut en dire autant du règlement intérieur d'un théâtre, dont certaines

question de l'importance relative des diverses clauses, des auteurs comme M. Hauriou et M. Dereux sont si loin de s'entendre. Voy. Hauriou, note au *Sirey*, 08.3.19 et Dereux. *Nature juridique des contrats d'adhésion*, *Rev. trim.*, 1910, p. 535 s. — La distinction des deux espèces de clauses est peut-être difficile dans l'état actuel du droit. Elle n'est pas impossible. C'est au fond cette distinction que fait M. Déligny (*Règlement de travail*, th. de Nancy, 1907), lorsqu'il oppose le « règlement du contrat de travail » et le « règlement d'ordre intérieur » de l'usine, ou règlement d'atelier *stricto sensu* (p. 159 s.).

(1) *Principes de droit public*, 1910, p. 212. Voy. tout le passage.

(2) C'est en effet une des particularités du contrat d'adhésion de ne jamais se présenter isolé. Il a toujours un caractère collectif. Aussi, tandis que dans les autres contrats il n'y a *directement* en présence que deux intérêts individuels, le contrat d'adhésion met le plus souvent en jeu et ses clauses multiples ont partiellement pour objet de réglementer un troisième intérêt : celui d'un groupe, d'une *collectivité* plus ou moins définie, et au sein de laquelle s'établit une solidarité plus ou moins étroite et plus ou moins sentie (Cf. une application intéressante de cette dernière idée au contrat de souscription d'obligations dans Ch. Boucaud, *Des assemblées d'obligataires dans les sociétés anonymes*, th. de Lyon, 1902). C'est l'existence de cet intérêt collectif et de cette solidarité de groupe qui empêche de considérer les membres de la collectivité comme des *tiers* auxquels s'appliquerait strictement la règle *res inter alios acta* (Cf. Rouast, thèse précitée sur le *Contrat collectif*, 1909). Et c'est parce que leur intérêt commun est parfois méconnu ou sacrifié à l'un des intérêts individuels en présence, qu'on les voit se liguer, s'associer ou se syndiquer pour sa défense.

clauses figurent parfois sur les billets d'entrée (1). Mentionnons aussi les règlements des courses, des concours d'aviation, des établissements de jeux, etc...

(1) Si nous citons cet exemple, c'est surtout pour souligner l'intérêt d'une décision du tribunal de commerce de la Seine, à laquelle nous avons déjà fait allusion et qu'explique seule la théorie institutionnelle et réglementaire.

On connaît les faits. Il s'agissait de savoir si une clause inscrite au dos d'un billet de théâtre produirait effet, alors que, d'une part, le billet ayant été remis *sous enveloppe*, on ne pouvait invoquer un consentement exprès, et que d'un autre côté, la clause étant contraire aux usages, aucun consentement tacite ne pouvait être présumé. Le tribunal valida la clause (19 avril 1900, *Le Droit*, 28-29 mai 1900).

Du point de vue contractuel, cette décision nous paraît absolument injustifiable. Le tribunal a bien, il est vrai, essayé dès l'abord de la fonder sur les principes contractuels ; mais il semble avoir eu lui-même conscience de l'insuffisance de ses arguments. C'est pourquoi il les a fait suivre des considérants suivants, qui nous font pénétrer de plein pied dans la théorie réglementaire : « Attendu que cette mesure s'explique aussi bien par l'importance de la représentation que par le souci de la direction d'assurer le succès de l'exécution de l'œuvre de Wagner en procurant aux dilettantes et au public d'élite conviés par Lamoureux et Schütz les conditions matérielles de tranquillité et de recueillement indispensables pour entendre et apprécier la savante musique du compositeur allemand ; — Attendu, d'autre part, que cette initiative constitue une louable tentative de réaction contre un abus regrettable qui autorise l'entrée de la salle de spectacle à tout moment de la représentation, au détriment de l'œuvre représentée et pour la plus grande gêne des spectateurs exacts (N.-B. — Le tribunal oublie complètement que, d'après les principes classiques de la théorie du contrat, les juges n'ont *jamais* à se demander si une clause contractuelle est *opportune* ou non, mais seulement si elle a été ou non *consentie*) ; — Qu'en outre l'interdiction était générale ; qu'elle s'appliquait à tous les spectateurs et qu'on ne voit pas pour quelle raison X... pourrait prétendre à une situation privilégiée... »

En d'autres termes : « Attendu que la mesure attaquée est dictée par l'intérêt général de la bonne administration du théâtre, et qu'on ne saurait relever contre elle aucune forme d'excès de pouvoir..... » On croirait entendre le Conseil d'Etat statuant sur la validité d'un

C'est pourquoi, quand des dispositions de cette sorte sont déférées au juge et qu'il s'agit d'en apprécier la validité, la véritable question n'est pas tant de savoir si elles ont été individuellement voulues d'une volonté contractuelle, que si elles sont conformes à l'intérêt général de l'institution et si elles ne sont entachées d'aucun excès de pouvoir. C'est sons cet angle, croyons-nous, que, par la force même des choses, la jurisprudence sera de plus en plus amenée à les examiner. Et le jour où les « institutions sociales » seront « franchement reconnues comme des figures juridiques spéciales (1) », l'enveloppe contractuelle dont on les a jusqu'ici revêtues, et qui jure avec son contenu, se brisera d'elle-même.

D. — Nous venons de voir que, membres solidaires d'un même organisme, les ouvriers d'une même usine ne sauraient être considérés par le droit comme absolument étrangers les uns aux autres. Ne faut-il pas aller plus loin ? Entre les travailleurs qui accomplissent la même besogne, mais dans des établissements différents, cette communauté d'occupation n'engendre-t-elle par elle-même aucune communauté d'intérêts et d'obligations, susceptible de revêtir quelque forme juridique ? D'une manière plus générale, entre les membres d'une même profession quelle qu'elle soit, ne surgit-il du fait de la commune participation à la même tâche sociale aucune solidarité naturelle génératrice de liens de droit ? Dans l'exercice de son activité professionnelle, chacun est-il à tous égards aussi indépendant que s'il

règlement administratif. — Quant aux règlements régissant les rapports des directeurs et des artistes, voy. dans S. 06.2.252, la décision déjà mentionnée du tribunal de la Seine du 9 juin 1905, pleinement conforme à la théorie institutionnelle et réglementaire.

(1) Hauriou, *op. cit.*, p. 213.

était seul ? Est-ce le règne absolu de la volonté individuelle ?

On sait quelle réponse la théorie autonomiste apporte à ces questions, comment elle proclame primordial et intangible le droit pour l'individu de ne relever que de lui-même dans toutes les manifestations juridiques de sa vie économique. Ouvrier, patron, employé, commerçant, je ne dois, dit-on, qu'à moi seul toute ma puissance économique (1) ; je suis donc libre d'en user à ma guise. Qu'on ne me parle donc ni de communes obligations qu'imposerait à tout groupe professionnel le bien général du public, ni surtout de « prétendus intérêts communs » devant lesquels devraient s'incliner les volontés individuelles. Aux individus qui exercent la même profession que moi, je ne suis lié que si je le veux et dans la mesure où je le veux. Seul un libre contrat d'association est générateur de solidarité juridique. Otez le contrat, plus d'obligations : autonomie de la volonté.

Sans nous attarder longuement à une réfutation si souvent faite et bien faite (2), démasquons rapidement les deux erreurs sociologiques qui vicient par la base tout le système.

a) C'est un fait que trop multiples sont les besoins des hommes et trop limitée leur capacité de travail pour que chacun puisse se suffire entièrement à lui-même. C'est pourquoi de bonne heure une division du travail s'opère, des professions se créent, et les hommes, déjà unis par la similitude des besoins, voient, par cette différenciation de

(1) Cf. *Le Temps* du 3 décembre 1910 : « Industriels, agriculteurs, commerçants, employeurs de toutes catégories opposeraient en vain qu'ils ne tiennent que d'eux-mêmes l'industrie qu'ils exercent.... »

(2) Citons seulement, parmi bien d'autres travaux remarquables, H. Lorin, *La Société professionnelle*, dans *Chronique sociale*, 1909, p. 453 s. et 1910, p. 12 s. ; Duthoit, *Vers l'organisation professionnelle*, 1910.

leurs tâches, leur interdépendance s'accroître et la nécessaire subordination des activités de chacun au bien de tous s'imposer plus impérieusement (1). Je ne puis m'adonner à une profession déterminée, me faire boucher, cordonnier, médecin, que si je suis assuré de trouver dans le commerce social, dans mes relations avec ceux qui pratiquent d'autres métiers, de quoi parer à tous mes besoins individuels dont forcément la division du travail m'empêche de poursuivre directement la satisfaction. Et inversement, si les autres hommes exercent en toute sécurité leur profession propre, c'est parce qu'ils savent que, tandis qu'ils sont à leur poste, je suis au mien, prêt à faire face à la nécessaire confiance qu'ils ont en moi.

L'idée de profession ne s'analyse donc pas dans la poursuite sans règle d'une fin exclusivement individuelle. Assurément la profession est la manifestation d'un droit individuel : du droit pour tout homme de vivre en travaillant. Mais c'est de plus une *fonction sociale*, qui, comme toute fonction, est soumise à des lois et implique des obligations en même temps que des prérogatives. C'est, suivant l'expression d'Ihering, « un poste de service de la société » (2). Embrasser une profession, c'est assumer socialement la charge de subvenir à un besoin public ; c'est proclamer qu'on est apte à la fonction et prêt à accomplir tous les

(1) Sur la division du travail et les solidarités qu'elle entraîne, voy. Durkheim, *Division du travail social*, 2e éd., 1902 (Voy. notamment la *Préface*, relative aux groupements professionnels).

(2) R. von Ihering, *Der Zweck im Recht*, I, tr. fr., p. 97. — Cf. Tarde, *L'Opposition universelle*, 1897, p. 380 ; Fr. Hitze, *Capital et travail*, éd. fr., 1898, p. 362. — Ruskin, envisageant le commerce comme une fonction, va jusqu'à faire l'hypothèse où le commerçant, à l'instar du soldat, du prêtre, du médecin, aurait à « mourir pour la nation » (Voy. la citation rapportée dans Deslandres, *L'acheteur*, p. 448).

services qu'elle comporte, avec toutes les garanties qu'exige le bien général. C'est en un mot contracter un *ensemble d'obligations envers la société* (1). Voilà pourquoi le commerçant est obligé de fournir ses produits, le boulanger son pain, l'hôtelier un gîte, le médecin ses soins à tous ceux qui s'adressent à eux (2). Voilà pourquoi la société immobilière ou le régisseur d'immeubles qui font *profession* de louer des appartements au public n'ont pas le droit de refuser de traiter avec un père de famille, par ailleurs honnête et solvable, sous le monstrueux prétexte qu'il a trop d'enfants (3). Voilà pourquoi la conscience populaire a toujours protesté contre les accapareurs et les « affameurs » qui, bornant leur horizon professionnel à la recherche exclusive et sans règle de leurs intérêts égoïstes, exploitent le public sous couleur de le servir. Voilà pourquoi aussi elle n'a jamais admis que, sous prétexte de liberté commerciale, on autorisât la vente de marchandises falsifiées, de boissons frelatées, de denrées corrompues, bref de produits incapables de fournir aux besoins humains correspondants la satisfaction escomptée (4). Et c'est encore pourquoi on

(1) Cf. Ihering, *op. cit.*, p. 98-99.

(2) Sauf motif légitime. Les juristes expliquent cette obligation par une offre de contrat. Mais l'explication est dans certains cas, par exemple dans l'hypothèse du médecin, quelque peu factice. — Sur l'application de la théorie de l'abus de droit au refus de contracter, voy. P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse, 1911, p. 120-137. V. aussi Morel, *Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles*, *Rev. trim.*, 1908, p. 288 s.

(3) Cf. la proposition de loi déposée à la Chambre le 25 octobre 1910 par MM. Depasse, Messimy et Boncour : « Les propriétaires qui arguent du nombre des enfants pour refuser de louer leurs appartements ou pour en donner congé, sont passibles d'une amende de 25 à 50 francs. En cas de récidive, l'amende est doublée. »

(4) V. la loi du 1er août 1905 « sur la répression des fraudes dans

ne saurait tolérer sans restriction, à l'intérieur des diverses professions, les agissements, tant individuels que collectifs, qui, en troublant gravement les conditions de leur exercice, menaceraient d'atteintes irrémédiables les intérêts généraux de la société (1). Fonction sociale (2), la profession requiert impérieusement une *réglementation* coactive, qui, au nom du bien commun, fin et raison d'être de la fonction, domine et limite le champ d'action des volontés individuelles (3).

b) La division du travail social engendre une autre forme de solidarité et apporte par suite à l'autonomie individuelle un autre groupe de restrictions.

Quelle que soit la profession que j'exerce, d'autres aussi s'y adonnent et en vivent. On me dit que ceux-là ne sont pour moi que des *concurrents*, qu'en face d'eux je ne puis subsister que par la lutte. Est-ce bien vrai ? Il semble que l'esprit humain ait une tendance naturelle à percevoir plus vite et mieux ce par quoi les êtres s'opposent que ce par quoi ils se rapprochent. Concurrents ? Oui sans doute ; mais aussi et surtout cointéressés. De plus en plus, derrière les

la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles », ainsi que les nombreuses lois spéciales visant la vente des engrais, des vins, du beurre, des sucres, etc...

(1) Application de ce principe a été faite aux grèves de « cheminots » par le projet gouvernemental sur l'arbitrage obligatoire dans les chemins de fer.

(2) Ajoutons encore que c'est bien parce que l'opinion publique considère les fautes *professionnelles* comme des fautes commises dans l'exercice d'une *fonction*, qu'elle tend à les juger plus sévèrement que les fautes de droit commun.

(3) A noter que, de nos jours, on a pu très justement soutenir que le *consommateur* lui aussi remplissait une *fonction* entraînant des devoirs et des responsabilités. Voy. le beau livre de M. Deslandres, *L'Acheteur. Son rôle économique et social*, 1911.

rivalités et les antagonismes de surface, la réflexion et l'expérience découvrent aux hommes des similitudes et des solidarités profondes, véritable explication des oppositions mêmes. Si l'on voulait d'un mot résumer toute l'histoire sociale des professions, on pourrait dire que l'évolution se fait « d'un régime de *rivalité confuse* à un régime de délimitation précise et de *solidarité sentie* » (1). Le mouvement est depuis longtemps achevé dans les fonctions publiques (2) ; il touche presque à son terme dans les professions semi-publiques, dans l'industrie des transports par exemple (3) ; et il se dessine de plus en plus nettement dans les autres. C'est devenu aujourd'hui un lieu commun de dire que les individus d'une même profession ont forcément le même genre de vie, les mêmes habitudes physiques, intellectuelles et morales, les mêmes aspirations, la même manière de se comporter à l'égard des hommes et des choses ; qu'identiques sont leurs intérêts les plus permanents et les conditions générales de leur prospérité économique (4) ; que l'activité des uns n'est jamais sans réagir plus ou moins profondément sur celle des autres (5) ; que les manque-

(1) Tarde, *L'Opposition universelle*, 1897, p. 381.

(2) Il est déjà bien loin le temps où les juges de tous ordres se considéraient comme des concurrents et se disputaient les procès ! (Cf. Tarde, *op. cit.*, p. 380).

(3) Il serait vraiment puéril de prétendre que dans les Compagnies de chemins de fer la concurrence est « l'âme du commerce ». Il y a au contraire entre elles union d'intérêts et collaboration étroite (Cf. Tarde, *op. cit.*, p. 382).

(4) Cette communauté d'intérêts se manifeste par exemple quand il est question de droits de douane, de droits protecteurs, du régime des transports, du prix des matières premières, de la lutte contre la concurrence étrangère ou contre la concurrence de professions voisines, etc...

(5) Ainsi il suffit qu'un seul commerçant abaisse ses prix, imagine

ments professionnels et les fraudes commerciales des individus rejaillissent sur l'honorabilité et sur les gains de la collectivité entière ; qu'en un mot tous sont, dans les faits comme dans l'opinion, étroitement solidaires. Cette solidarité née de la communauté d'occupation ne se peut comparer qu'à celle qui naît de la communauté de résidence. « Dans les deux cas, dit excellemment M. H. Lorin (1), il s'établit des relations spéciales, il se crée des besoins similaires, il surgit des concurrences forcées, des connexions et des oppositions d'intérêt, tout un ensemble de rapports dont la coordination, suivant un régime régulier, est nécessaire pour procurer la sauvegarde à tous et à chacun la faculté de poursuivre sa fin. » En d'autres termes, comme les habitants d'un même territoire, les *membres* — ce mot est par lui-même assez significatif — les membres d'une même profession se trouvent, de par la nature des choses et indépendamment de tout contrat, en état de *société naturelle*. Ils constituent une *corporation de fait*, qui postule une organisation juridique définie et exige une discipline collective subordonnant, quand besoin est, les activités de chacun au bien de tous.

En voulant ignorer, sous l'influence du dogme de l'autonomie, ces solidarités naturelles, en abandonnant les rapports professionnels au libre contrat individuel, le droit s'insurge contre les faits et faillit à sa mission. Les désor-

quelque innovation à l'avantage de ses clients, ou invente quelque nouveau moyen de réclame, pour que les autres soient forcés de le suivre et de l'imiter. Un seul fait la loi à tous (Cf. Deslandres, *L'Acheteur*, p. 405 s.).

(1) H. Lorin, *Les principes de l'organisation professionnelle* (*Association catholique*, 15 juillet 1892), cité dans R. Jay, *La protection légale des travailleurs*, p. 212.

dres sociaux, l'anarchie, les violences sont l'inévitable revanche des réalités méconnues.

Chacun sait quelles conséquences les juristes ont déduites du principe individualiste. Au lieu d'adapter aux manifestations *collectives* de la vie professionnelle un cadre juridique approprié, ils ont voulu les faire entrer de force dans les cadres institués pour les actes purement individuels. C'était par là même les nier, ou du moins les rejeter hors du droit et les contraindre à se dérouler sous une forme chaotique et inorganique. Ainsi en a-t-il été pour la grève (1). La jurisprudence n'y a vu qu'un ensemble informe de ruptures individuelles de contrats individuels. Autant vaudrait analyser la guerre de 1870 en des milliers de combats singuliers que se seraient livrés isolément chaque Français et chaque Allemand, et le traité de Francfort en une immense collection de contrats individuels juxtaposés ! (2)

C'est la même erreur initiale qui nous a fait attendre jusqu'en 1884 une loi autorisant les syndicats. Encore, après avoir paru reconnaître le lien professionnel, le législateur s'est-il empressé de le considérer comme le produit factice de l'arbitraire humain, d'affirmer hautement que la liberté individuelle et les intérêts particuliers d'un seul non-syndiqué étaient juridiquement égaux aux intérêts corporatifs réunis de tous les syndiqués ensemble (3), et, par là-même, de rendre impossible toute véritable ébauche

(1) Voy. entre autres arrêts, Cass. civ., 15 mai 1907, D. 07.1.369.

(2) Sur la grève « phénomène de vie collective », et sur les analogies de la grève et de la guerre, voy. Boissard, *Contrat de travail et salariat*, 1911, p. 101 s. et une importante note de M. Ambroise Colin sous l'arrêt précité de la Cour de cassation, D. 07.1.369.

(3) On connaît les célèbres déclarations faites en ce sens par Waldeck-Rousseau, principal auteur de la loi de 1884.

d'organisation professionnelle. Loin de fournir à des entités sociales réelles l'expression légale qui leur manquait, la loi de 1884 se bornait à proclamer « le droit à une liberté individuelle illogiquement méconnue jusqu'ici aux travailleurs par le libéralisme : celle de s'associer avec d'autres travailleurs », celle de se lier librement par contrat. Ce qu'elle mettait au jour « n'était point de l'organisation, mais encore de la liberté » (1).

Et quand dans la société professionnelle « en mal d'une organisation démocratique » le syndicat a voulu s'instituer comme « le gouvernement provisoire » (2), quand, sous la pression des besoins et la poussée des faits, il s'est érigé en défenseur attitré des intérêts corporatifs, quand il a voulu agir sur le terrain du droit au nom de la collectivité tout entière, juristes et tribunaux n'ont su trouver, pour caractériser juridiquement ses démarches, que la théorie individualiste du mandat (3). Le syndicat, a-t-on dit, n'est qu'un

(1) J. Vialatoux, *Devoirs et droits collectifs*, *Chronique sociale*, 1910, p. 469-470. Cf. Duthoit, *op. cit.*, p. 208 s. — Sur les différences profondes qui séparent de l'association ordinaire, « que la volonté des hommes oriente à son gré », le syndicat qui, « étant l'expression réalisée chez ses fondateurs du sentiment plus ou moins conscient de l'interdépendance et de la solidarité professionnelles, ne peut grouper que des hommes déjà unis par les liens de cette solidarité, se proposant purement et simplement, à l'exclusion de toute autre fin, de la régler et de la discipliner », voy. Duthoit, *Syndicats et associations*, *Semaine sociale de Rouen*, 1910, p. 298-299.

(2) H. Lorin, *Le dynamisme de l'idée syndicale*, *Chronique sociale*, 1909, p. 146.

(3) Ou ses succédanés : la théorie de la gestion d'affaires et celle de la stipulation pour autrui, théories qui, bien qu'à certains égards plus satisfaisantes, restent cependant trop artificielles et inadéquates à la réalité. Voy. sur ces questions Duthoit, *op. cit.*, p. 227 s. Cf. *Bull. de la Soc. d'ét. lég.*, 1907 et 1908, *passim* ; et, sur le contrat collectif en général, voy. l'abondante bibliographie indiquée par M. Rouast dans sa thèse (1909).

mandataire ; sa personnalité s'efface donc devant celle des mandants ; et sont seuls liés par ses actes ceux qui ont donné mandat, c'est-à-dire ceux qui *veulent* individuellement être liés : autonomie de la volonté.

C'était perpétuer, au nom de l'autonomie individuelle, la foncière inadaptation du droit à la réalité (1).

Assurément, nous sommes bien loin de prétendre que, dans l'état actuel de nos mœurs économiques et sociales, le syndicat présente toutes les garanties d'ordre divers qui se pourraient souhaiter. Mais s'il est vrai que les questions professionnelles sont des questions collectives et qu'il est de l'essence des questions collectives d'être résolues non par des volontés individuelles autonomes, mais par des autorités sociales (2), force sera bien tôt ou tard, un gouvernement de la profession étant nécessaire, de s'incliner devant quelque « gouvernement provisoire », puisqu'il n'y en a pas d'autres. Un jour donc, le gouvernement *révolutionnaire* deviendra le gouvernement *établi*. Ce jour-là, un trou aura été comblé dans l'édifice social (3).

(1) Nous nous empressons d'ajouter que, malgré l'état chaotique de la jurisprudence la plus récente, on peut y discerner une tendance bien marquée à abandonner le point de vue individualiste du législateur de 1884, et à considérer le syndicat comme l'organe naturel et le défenseur né de tous les intérêts généraux de la profession. Voy. la thèse de M. Gabriel Boucaud, *Du droit pour les syndicats professionnels et les associations d'agir en justice*, 1911.

(2) Cf. la thèse que nous avons soutenue plus haut sur les règlements d'atelier. — Sur cette idée que tout acte *collectif* — et en particulier le contrat collectif — implique l'intervention d'une *autorité*, et que le syndicat intervient dans le contrat collectif de réglementation du travail comme « l'organe d'autorité de la collectivité », voy. Rouast, thèse, nos 44 s. et 155 s.

(3) Est-il besoin de faire à notre tour remarquer, après bien d'autres auteurs, que l'organisation forte et cohérente des groupes professionnels constituerait une garantie puissante, la seule efficace peut-

On pourrait s'étendre indéfiniment sur ces questions. Mais, encore un coup, elles ont fait l'objet, depuis quelques années, d'études si nombreuses et si complètes, qu'insister plus serait superflu. Il nous suffit d'avoir montré une fois de plus que la théorie classique de l'autonomie a conduit notre droit à méconnaître les groupements naturels et les solidarités nécessaires, indépendantes des volontés individuelles, et qu'ainsi elle a été un facteur d'anarchie et de désorganisation sociale.

*
* *

Un dernier mot avant de clore ce chapitre. Il sera pour en souligner le caractère avant tout *critique* et pour ainsi dire négatif. En abordant tant de questions diverses et si délicates, il ne s'agissait pas pour nous de faire œuvre définitivement constructive, d'édifier des théories précises et complètes, aptes à recevoir telles quelles et dès à présent une consécration positive. Notre but essentiel, le seul qu'il nous importait d'atteindre, était de dévoiler la foncière insuffisance des conceptions juridiques inspirées par le dogme de l'autonomie, d'établir qu'en tout ramenant au

être, contre l'omnipotence de l'Etat et ses tendances envahissantes, et qu'elle seule rendrait possible cette « représentation des intérêts » ou « représentation des groupes sociaux » (Sénat professionnel), dont beaucoup espèrent à juste titre une régénération de notre vie politique ? — Voy. Duguit, *Droit social*, 2e éd., 1911, p. 121 s. ; Duthoit, *op. cit.*, p. 283 s. ; Deslandres, *Influence de l'évolution sociale sur l'organisation politique de la démocratie*, dans *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 249 s. *Adde* : Fr. Hitze, *Capital et travail*, éd. fr., 1898, p. 356 s. ; Durkheim, *Division du travail social*, 2e éd., 1902, p. XXXI s. — Il est une foule de services (Ex. : retraites ouvrières, offices de placement, etc.) dont la profession organisée s'acquitterait beaucoup mieux que l'Etat.

contrat, en réduisant le droit à un ensemble de rapports libres de volontés, les doctrines classiques ont systématiquement méconnu d'importants éléments de la réalité sociale, qui doivent désormais trouver place dans le droit. Au surplus, nous n'oublions pas que le droit est une science pratique, que les tribunaux ne sont pas des instituts de sociologie, ni les études d'avoués des académies. Pour qu'une conception sociologique soit admise comme théorie juridique, il ne suffit pas qu'elle soit scientifiquement plus exacte que toute autre, il faut de plus qu'elle soit *techniquement maniable* (1). Or tel n'est peut-être pas le cas de toutes les conceptions d'ordre extra-contractuel dont nous avons pu dire un mot. Il se peut notamment que, malgré les efforts si remarquables de M. Hauriou, la théorie des « institutions » présente encore au point de vue technique un je ne sais quoi d'inachevé, qui excite à juste titre la défiance des juristes. Mais elle montre du moins la voie où il se faut engager et où d'ailleurs notre droit s'engage, croyons-nous, de plus en plus. C'est seulement lorsque les évolutions qui se dessinent seront plus avancées, qu'apparaîtront enfin les constructions techniques appropriées et les systématisations définitives. Aussi bien, n'est-ce pas toujours ainsi que les choses se passent ? Les théories techniques suivent les transformations juridiques et sociales — elles les gênent parfois — elles ne les font pas (2).

(1) Et c'est parce qu'on n'atteint pas du premier coup au degré nécessaire de maniabilité technique que les théories anciennes sont si entes à céder la place aux nouvelles.

(2) Cf. Ihering, *Esprit du droit romain*, tr. fr., t. IV, p. 132. « Mais les besoins du commerce juridique et sa puissance d'invention sont toujours en avance sur la pensée juridique. Celle-ci, ce n'est point un paradoxe, est toujours en retard sur l'époque et sur la vie... La vie ne doit pas attendre, c'est à la pensée juridique à la suivre. Et de fait il en est ainsi. »

CHAPITRE V

RÉFUTATION GÉNÉRALE DE LA DOCTRINE DE L'AUTONOMIE.

Il nous faut maintenant critiquer en eux-mêmes, et non plus seulement dans leurs applications (1), les principes fondamentaux de la doctrine de l'autonomie.

Un mot que nous avons déjà bien souvent employé en résume l'esprit : la théorie de l'autonomie de la volonté est une théorie *individualiste*. Elle constitue même la forme essentiellement française de l'individualisme : l'*individualisme rationaliste*, lequel s'oppose à l'individualisme empirique et utilitaire des Anglo-Saxons.

On peut définir l'individualisme rationaliste ou libéralisme : une doctrine de philosophie sociale qui fait de l'individu, considéré abstraitement comme une volonté libre et isolé du milieu social, l'objet unique, l'unique fondement, la fin unique du droit.

En d'autres termes, l'individualisme est une conception philosophique de l'homme ; c'est une théorie du fondement du droit ; c'est une théorie du but du droit.

Dans l'humanité, objet du droit, il ne voit que des individus isolés et indépendants, uniques artisans de leur destinée, sortes de petits absolus se suffisant à eux-mêmes.

Il fait reposer le droit tout entier sur la volonté individuelle : le droit n'est que la volonté en acte.

(1) A peine est-il besoin de noter que la critique des applications (ch. II, III et IV) a préparé, facilité et d'avance corroboré celle qu'il nous reste à faire des principes eux-mêmes.

Enfin, il assigne pour fin suprême à l'ordre juridique la liberté de l'individu, l'indépendance de son vouloir.

De ces trois aspects de l'individualisme, c'est surtout au second que l'on songe quand on parle de la théorie de l'autonomie de la volonté. Mais tout ici se tient et s'enchaîne ; les trois thèses fondamentales de la doctrine libérale se supposent et se renforcent les unes les autres (1). Force donc sera pour nous de ne pas les séparer.

SECTION I. — La conception individualiste de l'homme, point de départ de la doctrine de l'autonomie (2).

Le point de départ de toutes les spéculations de l'individualisme rationaliste, c'est toujours l'homme en soi, l'homme purement homme, cher au philosophisme du XVIII^e^ siècle. On suppose un être abstrait et isolé, étranger à toute société et à l'histoire, trouvant en lui seul les conditions de son existence et la loi de son activité. Et c'est sur cette base qu'on prétend construire la société et le

(1) Plus exactement, la deuxième suppose la première et toutes deux entraînent comme corollaire inévitable la troisième.

(2) Sur les questions que nous abordons, dont la littérature est immense, voy. notamment, à des points de vue divers : Ihering, *Der Zweck im Recht*, I, tr. fr., p. 337 s. ; Fr. Hitze, *Capital et travail*, éd. fr., 1898, p. 176 s. et p. 208 s. ; L. Bourgeois, *Solidarité*, 3^e^ éd., 1902 ; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, ch. I et II ; Durkheim, *Division du travail social*, 2^e^ éd., 1902 ; Korkounov, *Théorie générale du droit*, tr. Tchernoff, 1903, p. 281 s. ; E. Fournière, *Essai sur l'individualisme*, 1901 ; Abbé de Pascal, *Les deux conceptions, individualiste et sociale, de l'homme, Semaine sociale d'Orléans*, 1905 ; Th. Meyer, S. J., *Institutiones juris naturalis, passim*, notamment t. I (2^e^ éd., 1906, Fribourg en Brisgau), p. 308 s., 335 s., t. II (1900), p. 5 ; R. Saleilles, *L'Origine du droit et du devoir*, *Rev. de phil.*, 1909, t. XV, p. 140 s. ; *Personnalité juridique*, 1910, 1^re^ leçon ; Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, *passim* ; R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 481 s.

droit (1). Naturellement, l'organisation sociale ne peut plus dès lors apparaître que comme une émanation de l'individu, comme un produit plus ou moins factice de l'activité humaine. La société n'est pas facteur de l'individu ; c'est lui qui la crée par une libre détermination, et qui, la créant, lui impose la loi de sa volonté. L'individu est donc par essence indépendant de la société et absolument souverain vis-à-vis d'elle. Tout ce qu'il a, tout ce qu'il est, il ne le tient que de lui-même. Ses libertés, ses droits, ses devoirs même ont leur source en lui ; il les apporte en naissant. Et c'est du droit individuel que dérive tout le droit social.

La théorie du contrat social en droit public, celle de l'autonomie de la volonté en droit privé ne sont que la transposition juridique de cette conception initiale de l'homme.

Ainsi donc, on estime qu'en dehors de toute vie sociale l'individu serait déjà ou continuerait d'être entièrement lui-même ; qu'entre l'homme hypothétique antérieur à la société et l'homme vivant dans un milieu social organisé, il n'existe aucune différence profonde. Un atome, un grain de poussière, un élément quelconque d'un agrégat purement mécanique ne change pas de nature en se juxtaposant à d'autres atomes analogues ; et il ne perd aucune de ses propriétés quand il est détaché du tout. Les sociétés humaines sont semblables à ces agrégats d'atomes (2). Imaginez des milliers d'individus mécaniquement assemblés, se conservant

(1) Cf. Dicey, *Le droit et l'opinion publique en Angleterre au XIX^e siècle*, tr. fr., 1906, p. 389. « Bagehot dit, quelque part dans ses ouvrages, que tous les traités d'économie politique qu'il avait lus dans sa jeunesse commençaient par supposer que deux hommes étaient jetés dans une île déserte... L'habitude de considérer les hommes comme des individus isolés fut la caractéristique de la période benthamiste. »

(2) Korkounov, *op. cit.*, p. 283.

indépendants les uns à côté des autres, vivant chacun en soi, par soi, pour soi, sans action ni réaction réciproques vraiment organiques, et sans autre principe de cohésion qu'une volonté mobile et changeante : voilà une société.

En d'autres termes, dans l'ensemble du fait humain, le phénomène société n'est qu'un élément accessoire et surajouté, un « luxe inutile », sorte d'épiphénomène qu'une théorie philosophique de l'homme peut aisément négliger.

Cette conception robinsonniste de l'homme est la fausseté même. L'homme véritable, l'homme seul réel, le seul que saisissent l'historien et le sociologue, le seul aussi que le juriste et le philosophe doivent connaître, ce n'est pas cet être isolé et souverain qu'on imagine dans un chimérique état de liberté naturelle, c'est l'homme vivant en société, c'est l'homme pénétré jusqu'aux moelles par les influences des relations organiques qu'il soutient avec ses semblables, c'est, pour reprendre la vieille et toujours vraie définition d'Aristote, « l'animal social ». L'homme ne naît pas libre et indépendant « comme le petit de l'âne sauvage » (1) ; il naît enchaîné par le lien social, enserré dans un réseau complexe de solidarités matérielles et morales, auxquelles pour vivre il doit nécessairement s'adapter, comme il se doit plier aux lois du monde physique. L'homme ne vit, ne se développe, ne devient lui-même que dans et par la société. Hors de la société, pas de salut pour l'individu (2).

On a dit et redit, pour marquer l'importance du fait social, que les hommes sont en société comme les abeilles en ruche. C'est trop peu dire. La société n'est pas seulement

(1) Tanquam pullum onagri se liberum natum putat (*Job.* XI, 12). Cf. Léon XIII, Encyclique *Exeunte jam anno*, 25 décembre 1888.

(2) Remarquons, une fois pour toutes, qu'il s'agit ici de la société, et non de l'Etat, au sens moderne et restreint du mot.

pour l'homme, comme la ruche pour l'abeille, le milieu indispensable de son développement physique ; elle est aussi et surtout la condition nécessaire de sa vie psychologique et morale. Que resterait-il de nos consciences individuelles, si l'on en retranchait tout ce qui nous vient du milieu social, tout ce que le langage, instrument par excellence de la vie de l'esprit, a véhiculé ou fait éclore en nous, toutes les représentations d'origine collective, tous les sentiments dont nos continuels rapports avec autrui ont seuls déterminé la naissance ou l'épanouissement ?

Qu'on n'objecte pas Robinson. Les prétendus Robinsons sont des produits de la société. Tout ce qu'ils ont de puissance matérielle et intellectuelle, ils l'ont puisé dans la vie sociale. Il n'y a pas de Robinson de naissance.

Supprimer la société, c'est supprimer l'homme.

C'est aussi supprimer le droit. Droit et société sont deux notions corrélatives, qui s'impliquent nécessairement. Dire que l'individu a des droits, c'est dire qu'il existe une société et que cette société est faite pour lui ; dire qu'il a des obligations, c'est dire que lui aussi existe pour elle. Les idées juridiques de droit et d'obligation se réfèrent toujours à un milieu social organisé et supposent dans ce milieu un conflit virtuel entre les hommes (1). L'être isolé et abstrait de la philosophie classique aurait bien des devoirs religieux et moraux envers Dieu, envers lui-même, peut être envers la nature ; il n'aurait pas de droits, sauf une sorte de droit général d'avoir des droits, ce qui certes est déjà quelque chose, mais n'est pas encore à proprement parler un droit, au sens que les juristes donnent à ce mot (2). Ceux qui,

(1) Imagine-t-on ce que pourrait être chez un Robinson le droit d'association, de réunion, de pétition, la liberté d'enseignement, l'inviolabilité du domicile, le droit de grève, etc... ?

(2) Cf. Saleilles, *Personnalité juridique*, *passim*, notamment, p. 10 s.; Taparelli d'Azeglio, *Droit naturel*, tr. fr., 2e éd., no 299.

pour édifier la théorie du droit, partent de cette entité imaginaire commencent par éliminer la matière même de la science juridique ; et ils ne la peuvent plus retrouver que par quelque puéril artifice, tel celui du « contrat social » (1).

Chimère d'ailleurs que cette prétendue *liberté naturelle* qui aurait été le lot de l'être présocial et dont se déduiraient les *droits de l'homme*. L' « homme de la nature », c'est l'homme asservi aux éléments et aux forces extérieures, c'est l'homme esclave de sa faiblesse et de son ignorance, toujours incertain de l'avenir, incapable de « s'élever au-dessus des choses pour leur faire la loi ». La liberté, c'est-à-dire la maîtrise, la puissance, sous toutes ses formes, matérielle, économique, intellectuelle, est une lente conquête des hommes sur la nature, la récompense de longs et douloureux efforts accomplis en commun. C'est un bienfait de la vie sociale (2).

(1) Cf. lorsqu'il s'agit non plus de droit, mais d'économie politique : Duthoit, *Vers l'organisation professionnelle*, p. 8 et 9, et Colson, *Cours d'Economie politique*, 2e éd., 1907, t. I, p. 17. « Les études sur l'Economie politique de Robinson, dit M. Colson, ou sur celle qui aurait régi un prétendu *état de nature* antérieur à toute organisation politique sont de purs jeux d'esprit, non seulement parce qu'elles visent des situations dénuées de tout intérêt pratique, mais parce qu'*elles commencent par éliminer la matière même de la science.* » — V. aussi Hauriou, *op. cit.*, p. 542 s.

(2) Cf. Durkheim, *Division du travail social*, 2e éd., p. 380 ; A. Schatz, *L'individualisme économique et social*, 1907, p. 201 ; E. Fournière, *Essai sur l'individualisme*, 1901, p. 7, p. 47. Nous sommes donc bien loin de la vieille croyance des individualistes que la *sûreté* est « *la seule chose* que l'homme isolé, livré à ses seules forces, ne puisse pas se procurer à lui-même » (Humboldt, *Limites de l'action de l'Etat*, tr. fr., p. 62). — Ceux qui croient tenir d'eux-mêmes tout ce qu'ils sont et rien de la société, nous font songer à la mouche du coche ou encore à cette girouette dont parle Bayle qui, poussée par le vent, s'imaginait être elle-même la seule cause de son mouvement.

Autant faut-il en dire de la liberté envisagée sous son aspect proprement *juridique*, c'est-à-dire de ce que la doctrine classique appelle les « droits de l'homme ». Lorsqu'on fait des « libertés individuelles » la donnée juridique primitive, lorsqu'on déclare que l'individu a en tant que tel et dès le principe tous les droits et que la société ne possède que ceux que librement il lui confère ou lui a jadis conférés dans quelque Eden imaginaire, « on fait peut-être de la philosophie et encore de la philosophie qui ne date que de l'Encyclopédie, mais on va au rebours de toute l'histoire (1) ». Ce que l'histoire nous montre partout à l'origine, ce sont bien plutôt les droits des collectivités que ceux de l'individu *ut sic*. L'individu a des droits dans le groupe et par le groupe, comme membre d'une famille, d'une *gens* ou d'un fief, d'une classe, d'un ordre, d'un Etat, d'une Eglise, voire comme membre de la grande société des enfants de Dieu (2) ; il n'en a point en tant qu'individu. *Vae soli* (3).

(1) Saleilles, *Personnalité juridique*, p. 560 ; cf. *ibid.*, p. 12.

(2) Les « droits de l'homme » ont trouvé leur consécration la plus haute et la plus efficace dans l'idée de la *fraternité* universelle, c'est-à-dire dans l'idée qu'il existe entre tous les individus humains une *société* très intime, la plus intime qui se puisse concevoir. Tous sont frères, cela veut dire tous sont *membres* d'une même *famille*, dont Dieu est le père. Historiquement, le respect des étrangers ne s'est développé qu'au moment et dans la mesure où on a vu en eux non pas de simples atomes individuels, mais des frères, des membres solidaires d'une même famille Voy. Tarde, *Transformations du droit*, p. 118 et 148 s. Et il n'y a eu un droit international public que le jour où est née l'idée de *communauté internationale* et où on a commencé à reconnaître « la solidarité qui unit les membres de la *société* des nations civilisées » (Préambule de la Convention du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux).

(3) Pratiquement l'individu est d'autant plus libre, sa personnalité est d'autant plus puissante, qu'il est plus « socialisé », c'est à-dire qu'il participe en même temps à la vitalité de plus de groupes sociaux. L'individu qui ne fait partie que d'un seul groupe tend à être absorbé

Le droit historique ignore l'individu abstrait. Partout, pour s'exprimer, se faire reconnaître, se réaliser, le droit de l'individu a besoin du groupe, comme sa pensée a besoin du langage. Historiquement et sociologiquement, la société est l'indispensable bouillon de culture, dans lequel, sous l'action du temps et des circonstances, éclosent et s'épanouissent les « droits de l'homme » (1).

par lui : tel le citoyen dans la cité antique. Si le christianisme a affranchi l'individu de la tyrannie de l'État et consacré la liberté individuelle, c'est en fondant une cité nouvelle, la cité des âmes, radicalement distincte de la société « temporelle » et à laquelle il a convié tous les hommes. Membre de deux cités, l'individu a trouvé dans cette double appartenance, en même temps qu'un surcroît de vie personnelle, sa vraie liberté ; car à l'influence exclusive de chacune de ces sociétés, il a pu victorieusement opposer les droits qu'il possédait comme membre de l'autre, échappant ainsi et à l'autocratie césarienne et à l'absolutisme théocratique. Ceux qui aujourd'hui protestent, au nom de la liberté individuelle, contre le mouvement syndicaliste et d'une manière générale contre ce vaste mouvement « associationiste » qui constitue le fait le plus général et le plus caractéristique de notre temps, ne prennent pas garde que par elle-même cette socialisation de l'existence est pour l'individu un facteur de liberté et de puissance. Elle intensifie la vie individuelle. L'individu peut plus et mieux dans le groupe qu'isolé. Le danger, pour son indépendance, ne consiste pas dans le fait même de la constitution de groupements multiples et forts ; il serait dans la prédominance exclusive d'un seul d'entre eux, par exemple de l'Etat conçu à la manière jacobine, ou du syndicat tel que le voudraient certains théoriciens du syndicalisme. La liberté de l'individu résulte en pratique de son insertion dans plusieurs groupes et d'un juste *équilibre* entre les influences combinées de ces groupes. Voy. des considérations voisines dans Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, chap. I : *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*, 2e éd., 1911, p. 124 ; Korkounov, *op. cit.*, p. 349 ; Deslandres, *L'avènement de l'associationisme*, *Chronique sociale*, juin 1909. — *Adde* : l'article de J. Vialatoux, *Les deux sociétés*, dans le *Social* du 7 août 1910.

(1) *Mais elle n'est pas le germe d'où ils sortent.* En d'autres termes nous nous bornons ici à une constatation d'ordre historique et sociologique ; nous ne formulons pas une thèse métaphysique sur le fonde-

Enfin, le contrat lui-même, qu'on nous présente comme le fait juridique primaire et irréductible, n'est qu'un fait secondaire et dérivé. A y regarder de près, en effet, il implique, outre un commencement de division du travail, une organisation sociale relativement complexe (1) et suffisamment stable (2) pour que les individus puissent envisager en sécurité l'avenir dans un acte de prévision. C'est pourquoi, dans les législations les plus anciennes, l'idée d'obligation conventionnelle ne tient presque aucune place. Le contrat est né de la vie sociale et juridique, bien loin d'en être le fondement.

A la base de toute théorie du droit, il faut donc placer l'homme social, seul réel, non l'individu abstrait et isolé, le Robinson. Des hommes naturellement en communauté, solidaires par la similitude de leurs besoins, la réciprocité des services rendus, et l'inévitable interdépendance de leurs activités ; qui vivent d'une vie individuelle propre, tout en faisant partie du même tout organique ; qui ont chacun une fin personnelle à réaliser, mais ne peuvent l'atteindre qu'en collaboration étroite avec d'autres hommes au sein des collectivités sociales : voilà, dans sa vivante et nécessaire complexité, la réalité primordiale, la donnée fondamentale que juristes et sociologues doivent toujours avoir devant les yeux.

Nous ne disons pas, qu'on le remarque bien, que le seul fait primaire, point de départ nécessaire de toute théorie juridique, soit la *société* conçue comme une réalité existant

ment du droit individuel. Cf. d'ailleurs *infra* : Conclusion. — V. Ch. Boucaud, *L'épanouissement social des droits de l'homme*, et *L'épanouissement historique des droits de l'homme*, Paris, Bloud, 1908.

(1) Cf. Durkheim, *op. cit.*, p. 381 et p. 189 s.

(2) Cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 209.

en soi, antérieure et extérieure aux individus, et dont ceux-ci ne seraient qu'une émanation, comme les feuilles ou les fruits sont des émanations de l'arbre. Aussi bien que le robinsonisme de l'école classique, nous repoussons le panthéisme sociologique de l'école hégélienne allemande, ainsi que le réalisme social (1) de l' « école sociologique » française, qui au fond n'en est guère éloigné, et qui aboutit comme lui à la négation radicale du droit subjectif des individus. « Conscience collective », « moi social », « Humanité », « Grand Être », nous rejetons tout cela, si l'on entend par là des entités réelles, des hypostases métaphysiques, sortes d'équivalents pratiques de la divinité. Et derrière les faits sociaux, qu'un regard superficiel considère comme des *choses* se suffisant à elles-mêmes, il n'y a pour nous que des consciences individuelles douées de spontanéité, des monades qui pensent, qui veulent et qui agissent (2). Si l'individu est un produit de la société, ce n'est pas au sens où la feuille est un produit de l'arbre, mais au sens où l'arbre est un produit du sol où il prend racine, au sens où nos pensées individuelles sont un produit du langage, dont elles reçoivent à n'en pas douter le plus clair de leur contenu. Il se peut que la *matière* dont notre individualité est faite nous soit en tout ou partie fournie par la société ; mais cette matière n'est rien sans la *forme* qui lui donne vie et l'organise (3). Or cette forme est exclusivement individuelle.

(1) Nous dirions plus volontiers, si le mot était moins barbare, « chosisme social », car, comme nous le notons plus loin au texte, l'école sociologique a une tendance à trop considérer les faits sociaux comme des « choses ».

(2) Cf. G. Richard, *Rev. phil.*, avril 1911, p. 428, à propos de l'ouvrage de Donati, *Interesse et attività giuridica*. C'est là, on le sait, le point de vue sociologique de Tarde.

(3) R. Florian, *Rev. de phil.*, juillet 1911, p. 96, à propos de l'ouvrage de S. Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*.

Au *tout est social dans l'individu*, il faut se hâter d'ajouter, ce qui sauve notre personnalité et nos droits : *excepté son individualité même* (1).

Admettons donc le dualisme nécessaire de l'individu et de la société (2) ; et, dans une théorie philosophique du droit, gardons-nous de tomber du monisme individualiste dans le monisme socialiste.

A quelles conséquences juridiques conduit l'abandon de la perspective purement individualiste, le lecteur l'entrevoit aisément. Si la société est un fait naturel et spontané, que l'individu ne crée pas, qu'il n'a pas à vouloir, pas même à accepter, mais seulement à subir, qui s'impose à lui dès sa naissance comme une des lois premières de son existence; affirmer avec l'individualisme traditionnel que le principe de l'autonomie de la volonté est le fondement du droit tout entier, y compris le droit objectif lui-même, n'est plus qu'une insoutenable gageure. On pourrait admettre une telle conception, si les hommes étaient naturellement isolés et indépendants, tels de petits univers. Mais, membres vivants et solidaires d'un même organisme, nous ne sommes

(1) Cf. F. Paulhan, *La contradiction de l'homme*, *Rev. phil.*, janvier 1908, p. 31. Comp. le célèbre adage de Leibniz : « Nihil est in intellectu quod non prius fuerit in sensu, nisi ipse intellectus. » — La conception que nous critiquons au texte est l'équivalent en sociologie des théories philosophiques qui voudraient expliquer la raison par la sensation, l'instinct par l'habitude, l'idée par le mot, la conscience par l'organisme, et la synthèse vivante par l'action mécanique de forces physico-chimiques. Toutes ces théories procèdent au fond des mêmes postulats et s'inspirent des mêmes méthodes.

(2) Mais n'entendons ce dualisme qu'au sens où la philosophie aristotélicienne entend le dualisme de l'âme et du corps, formant un être *un*, un tout substantiel. La seule réalité concrète, ce n'est ni l'individu, ni la société, c'est l'homme social, ce sont les hommes en société.

plus les maîtres souverains de notre activité. Il y a un droit social qui domine nos volontés et préexiste à tout exercice de nos droits individuels. Et ce droit objectif n'est pas une émanation du droit subjectif ; ce n'est pas la volonté qui librement se limiterait elle-même ; c'est la conséquence inéluctable de la vie en communauté, l'expression sous forme de normes impératives et universelles, des conditions nécessaires d'existence de la société.

Aussi bien, cette conclusion n'est-elle pas pleinement confirmée par les affirmations de la conscience des peuples, telles qu'elles se manifestent à travers l'histoire ? Où donc a-t-on vu, parmi les sociétés primitives surtout, des individus qui se soient dits les créateurs du droit, les maîtres du juste et de l'injuste ? Nulle part, le droit n'a été conçu par les hommes comme un produit arbitraire et factice de leur volonté, mais partout comme une nécessité objective, comme un ordre supérieur émané d'autorités devant lesquelles les individus n'ont qu'à s'incliner : autorité de la tradition, de la coutume ou de la loi écrite, autorité des pontifes, autorité de Dieu : *jus sacrum* (1).

Si donc la volonté individuelle jouit d'une certaine autonomie juridique, cette autonomie ne peut être que limitée et conditionnée *dès le principe* par le droit objectif.

Faut-il signaler d'autres conséquences, d'ordre moins général, qu'entraînera le rejet de la conception individualiste de l'homme ?

Si l'homme est un être essentiellement social, s'il ne peut vivre qu'encadré dans des groupes sociaux, d'autant plus lui-même qu'il est plus socialisé, c'est s'insurger contre

(1) V. Saleilles, *L'origine du droit et du devoir*, *Rev. de phil.*, 1909, t. XV, p. 148 s. — V. aussi Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 189.

la nature et contre les lois de la vie que de méconnaître systématiquement les diverses solidarités nées de la communauté des intérêts, des besoins ou des fonctions, et de refuser aux groupements humains, locaux, professionnels ou autres, qui se forment spontanément dans la couche profonde de la nation, la structure juridique précise et forte qu'ils postulent. L'individualisme, qui voudrait ramener les citoyens à leur prétendu *isolement* primitif, est une doctrine de désagrégation sociale. C'est la doctrine d'une époque révolutionnaire, qui a fait table rase du passé, détruit les corporations et les autres *institutions*, filles du temps et de la nécessité, et qui sur ces ruines n'a rien pu édifier d'organique et de stable. La doctrine fondée par la conception sociale de l'homme sera nne doctrine d'*organisation* sociale.

D'autre part, au lieu d'affirmer, conformément aux prémisses individualistes, que les droits subjectifs sont absolus, que *neminem laedit qui suo jure utitur*, que chaque individu est « un empire dans un empire », nous dirons que, par le fait de l'interdépendance des hommes, chaque exercice de nos droits se répercute forcément, en bien ou en mal, sur les conditions sociales ou économiques de l'activité de nos semblables ; que, par conséquent, dans la qualité même de cette répercussion, nos droits peuvent trouver une limite. Et, dès lors, nous serons bien près d'admettre, en dépit de son actuelle imprécision, cette théorie nouvelle de l'*abus de droit*, vrai scandale pour la science juridique orthodoxe (1).

(1) Cf. Porcherot, *De l'abus de droit*, th. de Dijon, 1901, notamment p. 157 s. ; Charmont, *L'abus du droit*, *Rev. trim.*, 1902, p. 113 s. ; et les nombreuses autres études sur cette question, parues depuis une quinzaine d'années, et qu'on trouvera citées partout. Sur l'abus de

En matière de responsabilité, au lieu de considérer les individus comme des souverains isolés dont les sphères d'action sont absolument indépendantes et qui ne répondent les uns à l'égard des autres que des *fautes subjectives* de leur volonté propre, on les envisagera comme des cellules sociales étroitement solidaires, entre lesquelles les *risques* inhérents à toute activité humaine qui s'exerce dans un milieu organisé doivent être équitablement répartis ; « responsabilité objective » (1).

Dans la théorie de l'acte juridique, on dira que, puisque les volontés individuelles ne se manifestent pas *in vacuo*, mais dans un milieu social déterminé et influent inévitablement, dans une mesure ou dans une autre, sur ce milieu, l'intérêt de la collectivité se trouve par là même engagé ; et que, par suite, les lois dites *interprétatives* n'ont peut-être pas seulement pour objet, comme on le répète, d'exprimer et de sanctionner des intentions subjectives tacites, mais aussi d'*orienter* d'autorité les volontés contractantes dans le sens exigé par la justice sociale et le bien commun (Cf. *supra*, chap. III, sect. 3).

Enfin, s'il est faux que, même dans la sphère contractuelle, les activités individuelles soient totalement indépendantes dans leur jeu (2) ; si, par exemple, les salaires ou les

droit en matière contractuelle, voy. Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, thèse, 1911, p. 120 s. ; R. L. Morel, *Rev. trim.*, 1908, p. 288 s.

(1) Cf. *supra*, ch. I, sect. II, § I *in fine*. Pareillement, la théorie actuelle de l'*in rem versum*, qui est comme la contrepartie de la théorie des risques (cf. *supra*, ch. III, sect. II *in fine*, en note), « n'est pas autre chose qu'une atténuation aux anciens principes de l'indépendance des individus » (Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 486).

(2) Etant donné l'interdépendance des hommes, « toute vente est en embryon la fixation d'un cours » (Demogue, *op. cit.*, p. 512) ; tout achat, tout acte de commerce a une répercussion sociale et peut être

conditions de travail acceptées par certains ouvriers retentissent forcément sur les salaires ou les conditions de travail des autres ; si, en spéculant sur un titre à la Bourse, je modifie immédiatement la valeur de ce titre et par contre-coup la fortune privée de la collectivité de ses détenteurs, ne faudra-t-il pas cesser désormais de considérer la règle *res inter alios acta* comme une loi sociologique inéluctable (1), ainsi que de s'opposer *a priori* à toute restriction de la liberté des contrats ?

En un mot, abandonnez la perspective individualiste ; cessez d'isoler l'individu des éléments sociaux parmi lesquels il se meut ; au principe abstrait de l'absolue indépendance des hommes, substituez le fait concret de leur naturelle interdépendance ; et dès lors vous verrez s'écrouler la plupart des théories autonomistes que nous avons rencontrées sur notre route.

SECTION II. — La volonté comme fondement du droit.

§ 1. — La volonté comme source du droit en général.

Mais examinons en lui-même le « dogme de la volonté ». La volonté libre est-elle l'élément créateur du droit, la source initiale d'où il dérive ? Le droit n'est-il que la volonté en acte ? Au « je pense, donc je suis » de Descartes,

source de responsabilité morale (V. Deslandres, *L'Acheteur ; son rôle économique et social*, Paris, Alcan, 1911).

(1) Sur cette idée que la règle *res inter alios acta*, — qui reste toujours partiellement vraie à cause de l'*indépendance relative* des hommes, — reçoit cependant de nos jours dans les faits des atteintes de plus en plus graves, voy. E. Lévy, *Le droit repose sur des croyances, Questions pratiques de législation ouvrière*, 1909 ; *Le lien juridique, Rev. de mét. et de mor.*, 1910, p. 824 ; A. Rouast, thèse sur le *Contrat collectif*, 1909, p. 119 s. *Adde* : R. Demogue, *Notions*, 1911, p. 94 et p. 579.

correspond-il dans la philosophie du droit un *Je veux, donc j'ai des droits*, devise nécessaire de tous les juristes? (1).

Remarquons d'abord qu'il ne s'agit aucunement ici de dénier à la volonté individuelle tout rôle juridique. Bien au contraire, nous admettons comme un principe incontestable que la volonté est l'organe d'exécution du droit, l'instrument indispensable de sa mise en œuvre. Même en effet si on l'envisage au point de vue *objectif* (normes juridiques), il est bien évident que le droit ne se réalise pas de lui-même. Dans une société à l'état de repos absolu, il ne serait qu'une pure virtualité abstraite. Pour qu'une situation juridique concrète prenne naissance, il faut l'intervention de quelque événement particulier, déterminant l'application de la norme. Or cet événement peut être sans doute un fait non volontaire : la mort, la naissance ; mais c'est le plus souvent, c'est de plus en plus dans les sociétés civilisées une manifestation libre des volontés humaines : ainsi le mariage, l'entrée dans une profession, le choix d'un domicile. Si en pareil cas le droit ne naît pas *ex voluntate*, comme le pense la théorie de l'autonomie, il procède du moins *cum voluntate*. Et loin de vouloir abaisser l'importance morale et sociale de ce rôle ainsi joué par la volonté dans le processus par lequel le droit se réalise, nous le tenons comme la meilleure sauvegarde de la liberté individuelle sainement entendue et comme sa conciliation la plus heureuse avec le bien général ; volontiers même nous verrions dans toute augmentation de ce rôle un progrès social (2).

(1) Saleilles, *Pers. jur.*, p. 531.

(2) Rappelons que, sur divers points, le Code civil allemand a fait à la volonté privée, en tant qu'instrument de la réalisation du droit,

Toutefois c'est surtout quand on le considère au point de vue *subjectif* (1) (comme prérogative d'un sujet), que le droit apparaît comme inséparable de la volonté. Sur ce point la réaction violente d'Ihering contre la *Willenstheorie* a certainement dépassé la mesure (2). Il n'y a plus de droit, là où il n'y a pas, pour exercer le droit, une volonté jouissant d'une sphère d'initiative plus ou moins étendue et agissant à ses risques et périls. De tout temps, à coup sûr bien avant l'apparition des doctrines autonomistes, philosophes et juristes ont défini le droit par le pouvoir, la *faculté*, donc, en définitive, par la volonté. Admettons, si l'on veut, que le droit ne soit au fond, comme le pense Ihering, qu'un « intérêt juridiquement protégé » ; en tout cas, ce n'est pas un intérêt protégé de façon quelconque, par exemple par des procédés administratifs, mais « au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre » (3). Cette puissance est la *forme*

une place plus grande que le Code français. C'est ainsi, par exemple, qu'il a institué, à la place de notre compensation légale s'opérant automatiquement, une déclaration privée de compensation ; et à la place de l'annulation judiciaire, une déclaration d'annulation. V. à ce sujet Saleilles, *Introduction au Code civil allemand*, 1904, p. 44 s.

(1) Bibliographie sommaire : R. von Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. fr., t. IV, p. 315 s. ; *Der Zweck im Recht*, *passim* ; Michoud, *La notion de personnalité morale*, *Rev. du droit public*, 1899, t. I, p. 193 s. (reproduit dans *Théorie de la personnalité morale*, t. I) ; Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, p. 115 s. ; Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 32 s. et p. 60-61 ; Saleilles, *Personnalité juridique*, 1910, Leçons, 21 et 22. *Adde* : Duguit, *Droit social*, 2e éd., 1911, p. 14 s. ; J. Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, thèse de Toulouse, 1899 ; R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 320 s.

(2) C'est ce qu'a bien montré M. Saleilles, *op. cit.*, p. 536 s.

(3) C'est ainsi que M. Michoud complète la définition d'Ihering (*Rev. du dr. pub.*, 1899, t. I, p. 213).

nécessaire du droit, qui seule en fait quelque chose de vivant. Se contenter purement et simplement de la définition d'Ihering, ce n'est pas seulement bouleverser les notions juridiques les plus constantes et les plus universelles ; c'est aller ni plus ni moins qu'à supprimer toute différence de fond entre les droits subjectifs privés des individus et les « intérêts » d'ordre administratif que gère et protège la puissance publique (1) ; c'est laisser entendre que l'état de *tutelle*, dans lequel les intérêts (au pupille) sont séparés des pouvoirs de décision (au tuteur), n'a rien en soi d'anormal ; que, par conséquent, rien ne s'oppose à ce qu'une telle situation soit généralisée : l'Etat s'attribuant tous les *pouvoirs*, les individus ne conservant plus que les *intérêts* correspondants ; c'est en un mot ouvrir toutes grandes les portes à un monstrueux despotisme administratif, qui étoufferait toutes les initiatives individuelles (2).

Le droit est un pouvoir exercé par une volonté (3).

Mais il n'est pas que cela. Et la théorie de la *Willensmacht* a opéré elle aussi une simplification abusive de la réalité juridique, en identifiant complètement la volonté et le droit. Pour elle, le droit n'est que la volonté qui s'affirme ; les divers droits particuliers (propriété, liberté du travail, etc...) ne sont que des « fragments circonscrits de substance

(1) V. gr. l'intérêt qu'a un automobiliste à l'existence de bonnes routes, ou un industriel à l'organisation de droits de douane protecteurs.

(2) « Au-dessous d'une certaine latitude d'action individuelle, il n'y a plus d'homme » a dit Dupont-White. A coup sûr, il n'y a plus de droit. — Nous sommes bien loin de prétendre que les conclusions indiquées au texte aient été celles d'Ihering. Nous signalons seulement les inconvénients possibles d'une définition incomplète, trop simplificatrice des réalités.

(3) Les Allemands disent : un « pouvoir de vouloir » (*Wollendür-*

de volonté » (1). Peu importe la nature des intérêts qui forment le contenu de la volonté ; peu importe la valeur morale ou sociale des fins poursuivies ; il suffit que la volonté s'affirme, pour que, sous la seule réserve de ne pas empiéter sur la liberté d'autrui, elle ait le pouvoir juridique de réaliser ce qu'elle veut. Et si elle est orientée vers la création par acte juridique d'obligations ou de droits, obligations et droits naissent comme ils sont voulus, la contrainte sociale organisée se mettant *ipso facto* au service de leur réalisation.

C'est ce système purement volontariste que nous rejetons ; car il est radicalement impuissant à rendre compte du monde juridique réel. Vu à travers les législations positives, le droit subjectif n'apparaît pas comme le pouvoir de vouloir n'importe quoi en vue de n'importe quelle fin, mais comme le pouvoir de vouloir la satisfaction d'intérêts légitimes, en harmonie avec le bien de la communauté et avec l'ordre général des choses. C'est une « synthèse pratique d'intérêt, de pouvoir et de fonction » (2).

Quelques brèves remarques suffiront à l'établir.

Rappelons d'abord, car elle éclaire singulièrement le problème, la vieille maxime que la sagesse des juristes a gravée au frontispice du temple de la procédure : « Pas d'intérêt, pas d'action. » Cela équivaut à dire : pas d'intérêt, pas de droit (3). Le droit s'évanouit lorsqu'il ne repose plus sur

fen). L'expression peut prêter à confusion. V. Saleilles, *op. cit.*, p. 542. Sur la manière d'expliquer, dans le système auquel nous nous rattachons, l'état juridique de *tutelle*, voy. Saleilles, *ibid.*

(1) Ihering, *Esprit du dr. rom.*, tr. fr., t. IV, p. 318.

(2) Hauriou, *op. cit.*, p. 36 — Définition de M. Saleilles : « Le droit subjectif est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome » (*Op. cit.*, p. 543).

(3) Hauriou, *op. cit.*, p. 32.

un intérêt légitime, et qu'il n'a plus d'autre raison d'être que de fournir à son titulaire la jouissance idéale d'imposer sa volonté toute nue.

D'un autre côté, comment expliquer avec la théorie de la *Willensmacht* que des êtres dépourvus de volonté : le fou, l'*infans*, aient des droits ? Dans le système de tutelle qui fonctionne chez tous les peuples civilisés, c'est le tuteur seul qui possède la volonté juridique, le pouvoir de décision. Or ce n'est pas lui qui est le titulaire des droits qu'il exerce. Il l'a été peut-être à l'époque lointaine où, en même temps que le pouvoir, il avait, partiellement au moins, l'intérêt (1). Mais de nos jours c'est le pupille et l'interdit qui seuls ont les profits ; à eux aussi les droits. *Ubi aemolumentum, ibi jus.* Qu'est-ce à dire, sinon que si la volonté est le procédé de réalisation du droit, elle n'en est pas l'unique élément, ni même toujours l'élément principal ? (2)

D'autre part, c'est un fait indéniable que les législations positives subissent d'incessantes transformations et qu'elles tendent toujours à se maintenir en étroite corrélation avec

(1) Girard, *Manuel de droit romain*, 4e éd., p. 201 ; Viollet, *Histoire du dr. civ. fr.*, 3e éd., p. 576 s. — Il est vrai qu'alors le tuteur avait aussi des *pouvoirs* bien plus étendus, qu'il exerçait d'ailleurs en son propre nom. Mais cela n'infirme pas l'argument, considéré dans son ensemble.

(2) Toutefois, on rencontre aussi le phénomène inverse. Ex. : dans les libéralités avec charge, lorsque la charge est considérable. En pareil cas, le bénéficiaire de la charge, bien qu'ayant la majeure part de l'*intérêt*, n'est cependant pas le titulaire des droits (Voy. Saleilles, p. 537 s.). Cela prouve que la définition du droit donnée par Ihering est, elle aussi, incomplète. Et il faut conclure avec M. Hauriou (p. 36) que « dans cette synthèse pratique d'intérêt, de pouvoir et de fonction qui s'appelle un droit, la proportion des trois éléments est variable pour chaque espèce de droit ; l'équilibre s'établit en des positions très diverses. »

l'état économique et moral des divers milieux auxquels elles s'appliquent. Or il ne saurait en être ainsi, si vraiment dans l'idée de droit la volonté était le seul élément entrant en ligne de compte. Car, envisagée en elle-même, en tant que forme générale de l'activité humaine, la volonté est indépendante des temps et des lieux. C'est son contenu, ce sont les buts qu'elle poursuit, qui seuls sont conditionnés par le milieu social et varient avec lui. Si donc le droit positif se transforme, cela prouve qu'en fait aucun législateur ne s'en tient à la conception purement formelle ou volontariste du droit, et que tous prennent bon gré mal gré en considération la nature et la valeur des *intérêts* que les volontés mettent en œuvre.

Au reste, si nous entrions dans le détail des législations positives, que de dispositions impératives ou prohibitives nous rencontrerions, que la *Willenstheorie* serait impuissante à justifier ! Si la volonté est protégée pour elle-même, indépendamment de son but et de son contenu, pourquoi le droit interdit-il certaines manifestations de volonté, certains faits immoraux, qui cependant ne portent aucune atteinte à la liberté d'autrui, par exemple l'inceste, la pornographie, la propagande néo-malthusienne, les outrages à la pudeur ? Pourquoi ne respecte-t-il pas la liberté des alcooliques ? Pourquoi réprime-t-il dans certains pays les tentatives de suicide ? Comment expliquer que l'idée de l'abus de droit, négation radicale du dogme de la volonté, pénètre de plus en plus dans toutes les législations ? Et comment se fait-il que la protection de certains *intérêts* s'opère parfois malgré la volonté individuelle, comme au cas de vaccination obligatoire, de retraites ouvrières obligatoires, ou de dation d'un conseil judiciaire ? D'où vient que le « pouvoir de vouloir » s'accompagne si souvent du « devoir de vouloir », que

le droit de s'instruire, par exemple, se transforme en obligation de s'instruire ? Pourquoi le droit de propriété devient-il aisément, quand la fonction de l'institution l'exige, la défense de déboiser, l'obligation d'exploiter (Mines, L. 21 avril 1810, art. 49 ; L. 27 avril 1838, art. 10), voire celle de cultiver ou autres semblables (1) ?

Non, le droit subjectif n'est pas purement et simplement « la liberté de la volonté ». Ce n'est pas la volonté s'affirmant pour le seul plaisir de s'affirmer et de jouir d'elle-même ; c'est la volonté poursuivant un intérêt légitime, un *bien*. Tout droit est un *pouvoir*, soit ; mais un pouvoir au service de fins objectivement *justes*, un pouvoir correspondant à une *fonction* de l'homme ici-bas (2). Le monde du droit est le monde de la finalité.

Aussi bien, n'est-ce pas à cette conclusion que forcément on aboutit, lorsque, au lieu de se laisser éblouir par les mots sonores de liberté et de volonté autonome, on s'efforce de pénétrer les réalités que ces vocables recouvrent (3) ? Qu'est-

(1) C'est très bien, assurément, de dire que la propriété n'est que « l'extension de la puissance de volonté d'un sujet » ou « la liberté faite visible », ou encore que c'est la volonté « s'imposant dans la chose » etc... Mais avec de telles définitions on se met dans l'impossibilité de rien comprendre à l'organisation juridique concrète de la propriété. Et il est bien probable que si l'on n'avait eu, pour légitimer la propriété privée, que des arguments de cette sorte, nous n'en jouirions pas encore. Comment ne pas voir que la propriété est avant tout un ensemble de *ressources* (*bona*) mises à la disposition d'un sujet et servant à l'accomplissement de sa *destinée* en ce monde ? (Rappr. Hauriou, *op. cit.*, p. 666.)

(2) Cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 374 ; cf. aussi Ihering, *op. cit.*, p. 327 : « Le contenu de tout droit consiste dans un bien. Toute définition du droit qui ne partirait pas de l'idée du bien pécherait par la base. »

(3) V. dans Fouillée, *L'idée moderne du droit*, 2e éd., 1883, p. 215 s., le chapitre consacré à la « critique de l'idée traditionnelle du droit fondée sur le libre arbitre ».

ce en effet que la volonté prise en soi, sinon une simple force, une force brute, susceptible de toutes sortes d'effets, bons ou mauvais, utiles ou dangereux ? Comparée aux autres forces de la nature, celle-ci présente, nous n'en doutons pas, des caractères propres : ce n'est pas une force aveugle, elle a conscience de ses buts ; de plus, elle est libre : elle n'est pas enserrée tout entière dans les cadres d'un déterminisme rigoureux, elle est capable de diriger elle-même spontanément son activité. Mais en quoi tout cela la rend-il *a priori*, au point de vue du droit, plus respectable et plus sacrée ? Cesse-t-elle d'être une force, un instrument, un moyen ? Or une force, un instrument, un moyen n'ont pas de valeur en soi et pour soi, mais seulement à raison des *fins* auxquelles ils servent ou sont aptes à servir. De fait, c'est toujours en considérant la fin, c'est-à-dire le résultat consciemment voulu, et non la volonté qui le veut, que les hommes caractérisent moralement et juridiquement les actes libres. En tant que manifestations de volonté, l'acte du criminel et l'acte de l'homme de bien ne diffèrent pas plus l'un de l'autre que le coup de fusil qui tue un homme ne diffère de celui qui foudroie un lièvre. Le but seul les oppose (1). Ce que le droit protège dans l'acte de volonté, c'est donc bien moins la volonté elle-même que le but qui la met en mouvement ; et elle le protège non pas simplement parce qu'il est voulu, mais parce qu'il est

(1) Rappelons : 1°) Que le but est une caractéristique essentielle de l'activité volontaire ; vouloir et vouloir pour un but sont choses équivalentes. V. Ihering, *Der Zweck im Recht*, I, ch. I ; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 28 ; St Thomas, *Summa theol.*, Iª IIae, Quæst. 1. — 2°) Que la doctrine exposée au texte n'entraîne aucunement, la preuve en a été cent fois faite, l'adoption de la maxime : La fin justifie les moyens.

conforme — ou présumé tel — aux fins supérieures de l'organisation juridique.

N'est-ce pas cela, d'ailleurs, qu'exprime à la perfection le terme même de *droit*, si l'on s'en tient à l'étymologie ? *Directum*, *dirigere* : c'est le qualificatif d'un mouvement, d'une orientation ; cela exprime une adaptation, une conformité, donc une finalité (1). Le droit n'est pas la volonté elle-même, mais le rapport de la volonté aux fins qui la dominent et dont elle est l'instrument de réalisation. *Nul n'a de droit s'il n'est dans le droit. Ubi non est justitia, ibi non potest esse jus.*

Quelles sont ces fins, vrai principe du droit ? Sont-elles exclusivement individuelles ? purement sociales ? Sont-elles à la fois individuelles et sociales ? Impliquent-elles une référence à un autre ordre ? Peu nous importe ici. L'essentiel était de réduire la volonté à son véritable rôle, à celui d'instrument, de moyen. Le droit n'est pas quelque chose qui résiderait dès le principe dans la volonté elle-même, et qui conférerait une valeur juridique à chacun de ses actes quels qu'ils soient ; c'est le terme vers lequel elle doit s'orienter, la fin qu'elle doit poursuivre. C'est « un but supérieur ayant la volonté à son service » (2). Et celle-ci n'est un organe de création juridique que dans la mesure où elle s'adapte à ce but supérieur et aux lois objectives qui en découlent. Son *autonomie* n'est au fond qu'une large *compétence*. Ihering et Saleilles ont donc bien dit (3) : « *La*

(1) Cf. H. Lorin, *Idée individualiste ou idée chrétienne comme fondement du droit*, dans *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 71 ; Ch. Boucaud, *L'idée de droit et son évolution historique*, Paris, Bloud, 1906 p. 11 s. — V. aussi Taparelli d'Azeglio, *Droit naturel*, tr. fr., 2e éd., n° 124 ; Léon XIII, Encyclique *Libertas*, 1888.

(2) Saleilles, *Personnalité juridique*, 1910, p. 531.

(3) Et leur formule est vraie de la volonté étatique et des volontés, corporatives aussi bien que de la volonté individuelle.

volonté au service du droit, et non plus le droit au service de la volonté (1). »

§ 2. — La volonté comme fondement de l'acte juridique.

Ces brèves réflexions pourraient sans doute suffire à déterminer notre attitude dans la question du fondement de la force obligatoire des actes juridiques ; car, sous leur forme générale, elles s'appliquent à tout le domaine des droits subjectifs, à toutes les manifestations de l'activité volontaire sur le terrain du droit. Ce problème mérite pourtant, vu son importance, un examen à part, d'autant qu'il constitue comme le point central de notre étude (2).

I. — Nous avons vu plus haut (chap. III, sect. I) que si nos auteurs classiques sont en cette matière d'une étonnante sobriété de développements. leur laconisme s'explique par une référence tacite — et parfois expresse — à la pure doctrine de l'autonomie. Pour eux, l'acte juridiquea droit à la sanction légale tout simplement parce qu'il est l'acte juridique, c'est-à-dire une manifestation de volonté orientée

(1) En d'autres termes, la volonté juridique n'est pas la « volonté de puissance » dont parle Nietzsche, mais la *volonté de justice* ou de bien. Cf. la célèbre formule d'Auguste Comte : « Nul ne possède d'autres droits que celui de toujours faire son devoir. » Cf. aussi Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, ch. III : « Dans un Etat, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on *doit* vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir. » Léon XIII, Encycl. *Libertas*, 20 juin 1888 : « Igitur in hominum societate libertas veri nominis non est in eo posita ut agas quod lubet, sed in hoc, ut per leges civiles expeditius possis secundum legis æternae praescripta vivere... » Vera libertas « in eo est, ut quisque possit secundum leges rectamque rationem vivere ».

(2) A consulter sur la question que nous abordons les quelques traités de philosophie du droit qui s'en sont sérieusement occupés, notamment : Belime, *Phil. du droit*, t. II, 1848, p. 423 s. ; Boistel,

vers la production d'effets de droit. Pas n'est besoin de chercher une autre cause à la protection de la loi. La volonté individuelle s'impose par elle-même, en tant que volonté individuelle. Voilà pourquoi le contrat (1) oblige, voilà pourquoi il est générateur de droits.

Phil. du droit, 1899, t. I, p. 415 s. ; Meyer, *Institutiones juris naturalis*, Fribourg, t. II, 1900, p. 216 s. — Cf. Kant, *Doctrine du droit*, tr. Barni, p. 103 s. — Voy. aussi, à des points de vue divers : Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876 ; Ihering, *Zweck im Recht*, I, tr. fr., nos 122 s. ; Tarde, *Les transformations du droit*, chap. V ; L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 140 s. et p. 600 s. ; et les travaux déjà mentionnés de MM. R. Saleilles, E. Lévy, G. Dereux, ainsi que les ouvrages cités ci-après.

(1) Rappelons que, dans la doctrine classique de l'autonomie, le contrat est le seul phénomène juridique essentiel. Cela se comprend aisément : quand on part, en effet, du principe de la souveraineté de la volonté et qu'on suppose une complète indépendance entre les sphères d'activité juridique des individus, on est naturellement conduit à exiger pour la naissance de tout effet de droit le concours de deux volontés, et par conséquent à rejeter *a priori* la possibilité d'engagements par voie de volonté unilatérale ; car si nul ne peut être obligé sans le vouloir, nul ne peut non plus, par la création d'une obligation sur soi-même, conférer un droit à autrui, donc modifier la situation juridique d'autrui, sans qu'autrui y consente (Cf. G. Faggella, *Dei periodi precontrattuali*, dans *Studi in onore di C. Fadda*, Naples, 1906, t. III, p. 271 s. ; Saleilles, *Rev. trim.*, 1907, p. 715 s., 731 s., 746 s.). Nous avons vu cependant que certains des promoteurs de la théorie de la volonté unilatérale avaient invoqué le dogme de la volonté (*supra*, chap. I, sect. II, § 1, *in fine*). Mais, dans la réalité des faits, la reconnaissance par le droit contemporain (Cf. C. civ. all. et jurisprudence française) de quelques hypothèses d'obligations nées par voie unilatérale (Ex. : titres au porteur, offres de contracter, promesses de récompense, etc...) constitue au fond un abandon partiel du principe d'autonomie ; car, en pareil cas, *le motif vrai de l'obligation est presque toujours tiré de considérations extrinsèques à la volonté*, des « suggestions du milieu » : intérêt collectif, nécessités objectives du commerce juridique, dommages éventuels à éviter à des tiers, etc... (V. Paul Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, thèse, 1911, p. 255 s.). Au reste, la liste des actes unilatéraux reconnus par le droit est rigou-

Ce système ne résiste pas à l'examen. Et vraiment notre surprise est grande de constater que tant d'esprits distingués s'en aient pu si facilement contenter.

Nous avons beau, en effet, tourner et retourner les concepts abstraits de volonté et de libre promesse, nous n'arrivons pas à en déduire ceux d'obligation et de droit. Que les hommes soient tenus, sous certaines conditions, d'exécuter leurs promesses, pas un seul instant nous n'en doutons. Ce que nous nions, c'est que la notion classique d'autonomie soit suffisante à fonder cette obligation. La meilleure preuve qu'entre le « je veux » et le « je dois » ou entre le « je veux » et le « tu dois » le saut est infranchissable, c'est que le plus vigoureux représentant du dogme contractuel s'est avoué impuissant à le franchir, c'est que Kant a été réduit à faire de la force obligatoire des contrats un « jugement synthétique *a priori* », un « postulat de la raison pure (1) ». Singulière explication, en vérité, que d'ériger en principe l'impossibilité de toute explication et la nécessité d'admettre aveuglément une affirmation sans preuve !

D'ailleurs, si le droit a vraiment pour suprême raison d'être d'assurer « la liberté de la volonté » (2), ne va-t-il pas tout au rebours de sa mission en proclamant la force obli-

reusement limitée (Cf. le principe posé par le § 305, B. G. B., qui exclut tout acte unilatéral *sui generis*) ; le droit détermine positivement quel contenu ils doivent avoir et quelles conditions ils doivent remplir pour produire des effets de droit ; en sorte que le champ laissé libre à la volonté y est bien moindre qu'en matière contractuelle.

(1) Kant, *Doctrine du droit*, trad. Barni, p. 106. — Cf. *supra*, chap. III, sect. I, *in fine*.

(2) Telle du moins que l'entend la philosophie juridique classique. Nous reconnaissons volontiers que le présent argument ne vaudrait pas également contre toutes les conceptions de la liberté.

gatoire des contrats ? Qu'on invoque les droits supérieurs des volontés libres pour repousser l'exécution forcée des promesses, rien de mieux. Qu'au nom de « la liberté de l'individu » on proteste avec M. Huc (1) contre l'irrévocabilité des conventions, à la bonne heure ! Mais que, sous prétexte de respecter ma volonté libre, on vienne me *contraindre* à accomplir aujourd'hui ce que j'ai promis hier, et que, ce faisant, on ose me dire que, quoique obligé et contraint, je reste, suivant le mot de Rousseau, « aussi libre qu'auparavant », n'est-ce pas une dérision ? Ne serais-je pas plus libre, si aujourd'hui il dépendait de moi d'exécuter ma promesse ou de ne pas l'exécuter ? — Mais c'est votre volonté d'hier qu'on vous impose ! — Et ma volonté d'aujourd'hui ? N'est-elle pas aussi respectable et sacrée (2) ? Quand ma volonté d'hier se présente à moi sous l'aspect de l'huissier qui vient saisir mes meubles ou me contraindre par corps, croyez-vous que je me sente libre ? Au nom de la liberté, on annule les conventions d'inaliénabilité, les renonciations à l'exercice d'une profession déterminée ; on prohibe les engagements à vie ; pourquoi pas aussi les engagements de dix ans, de six mois, de huit jours ? pourquoi pas ceux d'une heure ? « Liberté de la volonté », est-ce que cela ne veut pas dire : souveraineté de ma volonté d'hier sur mes actes d'hier et souveraineté de ma volonté d'aujourd'hui sur mes actes d'aujourd'hui ? De quel droit l'une empiéterait-elle

(1) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, p. 132. « Il aurait fallu admettre pour tous les débiteurs la faculté que l'article 1794 accorde au maître de résilier par sa seule volonté le marché à forfait, pourvu que l'entrepreneur soit totalement indemnisé. »

(2) C'est en raisonnant ainsi qu'en matière de mariage on aboutit, le plus logiquement du monde, au divorce, et non seulement au divorce, mais à l'union libre.

sur l'autre ? Ma volonté d'hier, c'est peut-être l'inexpérience, la légèreté, le besoin, la passion ; c'est en tout cas le passé, ce qui ne dépend plus de moi, ce dont, pour être pleinement libre, je ne dois plus dépendre. En ce qui concerne ma liberté actuelle, cette solidarité forcée entre mon moi présent et mon moi passé m'est aussi odieuse que celle qui, dans la théorie du contrat social, enchaîne ma volonté d'aujourd'hui à la volonté jadis exprimée par mes ancêtres lors du fameux pacte (1).

Vainement donc on chercherait dans la notion de volonté libre le fondement du contrat. Il faut absolument faire intervenir l'idée d'une nécessité sociale objective ou quelque principe supérieur de justice (2). L'impuissance de la théorie autonomiste à justifier des obligations individuelles posi-

(1) Rappr. Tarde, *Les transformations du droit*, p. 124. « Au moment où l'on dit que ma propre volonté m'oblige, cette volonté n'est plus ; elle m'est devenue étrangère ; en sorte que c'est exactement comme si je recevais un ordre d'autrui. Recevoir du *paterfamilias*, du consul, d'un ministre, d'un garde champêtre, un ordre qui me déplaît, ou recevoir de mon moi passé un ordre qui ne me déplaît pas moins, où est la différence en ce qui concerne mon intérêt actuel ? Mon vouloir passé, qui n'est plus, mais qui pourtant s'impose à moi, et qu'on peut m'opposer, est comparable à la volonté des aïeux qui dirige les vivants. » V. aussi Schlossmann, *Der Vertrag*, 1876, *passim*, et Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, 1905, p. 327 s.

(2) En fait, parmi les juristes philosophes, ceux qui ont voulu rester fidèles à l'idée d'autonomie ont été contraints de s'aventurer dans des spéculations abstruses et nuageuses sur la « limitation de la liberté par elle-même », pour aboutir finalement à des pétitions de principe ou à des cercles vicieux. Ils furent très nombreux en Allemagne au début du XIXe siècle (cf. Belime, *op. cit.*, II, p. 426 ; Meyer, *op. cit.*, II, p. 216). Quant aux autres, ils ont en général fait appel, pour justifier la force obligatoire des contrats, à des principes étrangers à la théorie de l'autonomie, notamment à l'idée qu'il ne faut pas tromper *l'attente légitime* d'autrui (Belime, II, p. 428, Boistel, I, p. 422, princ.), ce qui, notons-le au passage, aurait pu les conduire

tives n'a d'égale que celle de la doctrine allemande de *l'autolimitation* (1) de l'Etat (ou de la volonté étatique se limitant elle-même) à fonder des obligations à la charge de l'Etat et par suite à sauvegarder les droits individuels. Ce sont là deux théories sœurs ; seulement, l'une attribue à la volonté étatique l'autonomie initiale et absolue que l'autre reconnaît aux volontés individuelles.

Notons bien, d'ailleurs, que, quand on parle d'obligation contractuelle, il ne s'agit pas d'un devoir simplement moral ou de conscience. Il se peut que certains aspects du problème n'intéressent que la pure morale ; nous les laissons en dehors du débat. Il s'agit ici d'obligation *juridique*, c'est-à-dire d'obligation devant être positivement sanctionnée par la contrainte. Dire que l'acte juridique oblige, c'est dire que la force sociale organisée doit tenir la main à son exécution, que l'Etat doit garantir la réalisation de ce qui a été voulu, comme si la volonté individuelle qui s'est manifestée représentait la volonté de tous : « les conventions tiennent lieu de *loi* » (art. 1134). Or imagine-t-on que la société se mette ainsi tout entière en branle *uniquement* pour procurer à la volonté d'un individu la jouissance d'affirmer son pouvoir de domination, « l'orgueil de se voir obéie » ? (2) Conçoit-on qu'elle pousse ainsi le désintéressement jusqu'à prêter son actif concours à tout acte de volonté quel qu'il soit, cet acte lui fût-il complètement étranger, voire directement hostile ? Si la société sanctionne les

en droite ligne à la doctrine allemande de la *déclaration de volonté*, fondée tout entière sur cette idée.

(1) *Selbstbeschränkung*. Voy. un excellent exposé critique de cette doctrine et de ses principales formes dans Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 110 s.

(2) Ihering, *Esprit du droit romain*, IV, p. 324.

actes juridiques, n'est-ce pas au contraire parce qu'elle s'y sent à certains égards partie intéressée, parce que le bien commun lui paraît exiger cette sanction, parce qu'elle voit dans le contrat « légalement formé » un fait en soi heureux, une coopération individuelle à l'intérêt général et à la solidarité sociale ? Et ne faut-il pas dire, dès lors, que la protection légale s'adresse moins à l'acte de volition considéré en lui-même qu'au résultat auquel il tend, au concours qu'il apporte à des fins légitimes et socialement désirables ? Que par conséquent le fondement et la mesure de l'obligation contractuelle doivent être cherchés non pas tant dans la volonté elle-même que dans la conformité de l'acte voulu avec l'idéal que le législateur s'est formé de l'ordre social et de la justice ?

L'étude des législations positives confirme de tout point ces vues *a priori*. En effet :

1° La loi annule partout impitoyablement les conventions contraires à « l'ordre public » et aux « bonnes mœurs » (1). Et elle entend par là non pas seulement les actes juridiques par lesquels une volonté porterait atteinte à la liberté d'autrui, mais tous ceux, quels qu'ils soient, qui tendraient à des fins condamnées comme immorales ou antisociales par la conscience juridique de la communauté ;

2° La maxime « pas d'intérêt, pas d'action » exerce ici comme partout son empire. La promesse est inopérante,

(1) Le Code civil allemand, il est vrai, ne mentionne que les bonnes mœurs et non l'ordre public (§ 138). Mais pratiquement la différence entre la législation germanique et la nôtre est insignifiante, car à l'expression de « bonnes mœurs » on donne de l'autre côté du Rhin un sens plus étendu que chez nous. Voy. au reste sur le § 138 du B. G. B. le Commentaire de M. Saleilles (*Déclar. de volonté*, p. 251 s.).

son inexécution n'entraîne aucune responsabilité, lorsque, pour requérir l'accomplissement du fait promis, le créancier ne peut invoquer aucun intérêt, sauf celui tiré du respect de sa volonté. *Nuda voluntas actionem non parit* ;

3° Un intérêt quelconque ne suffit pas. Pour motiver l'intervention de la contrainte légale, il faut que l'intérêt en jeu corresponde à l'un des buts sérieux du commerce de la vie. Les conventions ayant pour objet des dettes de jeu, une invitation à dîner, un tour de valse, ne sont pas sanctionnées par le droit ;

4° D'une manière générale, quelque opinion qu'on ait de la classique théorie de la *cause*, il est certain que le législateur français a entendu exiger comme condition positive essentielle de la validité de tout contrat l'existence d'une « cause licite » (Voy. la rédaction de l'art. 1108). Il a par là solennellement affirmé que le droit positif ne s'inclinait pas *a priori* devant tous les actes de volonté, mais seulement devant ceux que la fin poursuivie rend dignes à ses yeux de protection. « L'autonomie de la volonté, dit à ce sujet un éminent juriste (1), ne suffit pas pour que la volonté se lie elle-même ; la loi veut savoir pourquoi elle se lie et apprécier son but » ;

5° Dans tous les corps de droit des peuples civilisés, la législation contractuelle est très étendue et elle s'enrichit chaque jour. Loin d'abandonner la sphère du commerce juridique au libre jeu des volontés individuelles, le droit positif prend au contraire à tâche, au nom de la justice et du bien commun dont il est l'organe, de déterminer avec rigueur les conditions de validité des divers contrats. Il dit quelles conventions il protégera et quels actes il privera de

(1) Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, p. 809. Cf., p. 527 et p. 540.

sanction. Lorsque, à raison de certaines circonstances, le libre contrat ne lui apparaît pas comme l'instrument le meilleur de la régulation des intérêts humains en présence, il lui dénie toute valeur (1). Il énumère avec force détails et les clauses qui dans les conventions devront toujours rester inefficaces, et les règles qui s'appliqueront nonobstant toute volonté contraire. Enfin il édifie, pour chaque variété d'opération que les besoins sociaux ont fait naître, un système plus ou moins volumineux de lois dites supplétives ou complétives dont le but vrai n'est pas tant, nous l'avons établi (2), d'interpréter des volontés individuelles tacites, que de constituer pour les contrats à intervenir le *milieu* juridique le plus propice à la réalisation de la justice et à la satisfaction harmonieuse des intérêts de chacun et de tous.

Or, rien de tout cela n'est explicable dans un système qui attribue à la volonté comme telle une force juridique immanente.

Tant que, pour expliquer le contrat, on se contentera de scruter la nature intime de la volonté abstraite, indépendante de la société et de l'histoire, on se heurtera à d'insolubles contradictions ; le problème tournera à l'énigme. Tout s'éclaire au contraire pour qui cesse d'isoler la volonté du monde concret dans lequel elle agit et des fins qu'elle y pour-

(1) Ainsi est déclaré nul le contrat par lequel un ouvrier céderait d'avance plus du dixième de son salaire (L. 12 janvier 1895, art. 2). — Cf. L. 9 avril 1898, art. 30 ; C. civ., art. 1780, etc.., etc... Et en invalidant de telles conventions, le législateur s'inspire le plus souvent de motifs étrangers à la considération de la volonté elle-même. Voy. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 301 s.

(2) Cf. *supra*, chap. III, sect. III.V. aussi Durkheim, *Division du travail social*, 2e éd., p. 189 s.

suit. Le contrat n'est pas quelque chose qui se suffise à soi-même et qui porte en soi sa propre raison d'être. Le contrat n'est qu'un *instrument* de la vie sociale, le moyen naturel de la satisfaction réciproque des besoins humains. C'est de la fonction pratique qu'il remplit dans le monde que résulte sa force obligatoire. Et c'est parce que cette fonction pratique est étroitement conditionnée par l'état moral et économique du milieu social que le droit contractuel a suivi à travers les âges les vicissitudes de ce milieu (1).

(1) **Théorie de la confiance légitime.** — La théorie qui fonde la force obligatoire de tout contrat envisagé *in abstracto* sur la notion de *confiance légitime* se heurte à des difficultés analogues. On dit en effet (cf. Boistel, *Phil. du droit*, I, p. 422 *princ.*) : « Tout contrat est obligatoire parce qu'il engendre une confiance légitime. » Mais : 1° il faudrait dire pourquoi on admet *a priori* que tout contrat engendre en tant que tel une confiance légitime ; 2° la théorie n'implique-t-elle pas un cercle vicieux ? A supposer que tout contrat engendre une confiance, cette confiance peut-elle être dite légitime, s'il n'est pas déjà admis que tout contrat est obligatoire ? (Cf. Belime, *Phil. du droit*, II, p. 424.)

Bien entendu, ce n'est pas à la théorie de M. Lévy, basée pourtant sur l'idée de confiance légitime, mais dont l'inspiration et la méthode sont radicalement différentes, que s'adressent ces critiques. M. Lévy prétend éviter tout dogmatisme abstrait et ne pas sortir du terrain de la sociologie empirique. Il ne dit pas : « Tout contrat est obligatoire, parce qu'il engendre une confiance légitime » ; mais : En fait, dans un milieu social donné, il arrive que des promesses (*Responsabilité et contrat*, *Rev. crit.*, 1899) ou plus généralement des manifestations quelconques d'activité (*Rev. trim.*, 1910, p. 720, *Rev. socialiste*, 1911, p. 242) inspirent une confiance légitime, c'est-à-dire une confiance conforme aux croyances et aux pratiques que l'Etat sanctionne. On dit alors qu'il y a obligation et la manifestation d'activité génératrice de confiance est juridiquement considérée comme un contrat. En d'autres termes, il y a contrat dans la mesure où le juge dit qu'il y a obligation ; et il y a obligation dans la mesure où il y a confiance légitime. Le contrat n'est pas l'acte d'une volonté natu-

II. — Nous n'avons pas besoin de démontrer ici la nécessité primordiale de l'échange parmi les hommes. Chacun sait que sans l'échange l'œuvre générale de la satisfaction

rellement créatrice de droit ; contrat, volonté, ce sont là de simples *étiquettes* à l'aide desquelles nous désignons certains rapports de confiance légitime engendrés par l'activité humaine (Cf. *Rev. trim.*, 1910, p. 719-720).

Nous ne croyons pas pouvoir admettre purement et simplement cette solution du problème du contrat. En effet : 1° Il est certain que les théories classiques du contrat se sont trop exclusivement préoccupées de l'élément *volonté*. Et ce n'est pas nous qui critiquerons M. E. Lévy d'appeler l'attention des juristes sur l'élément *confiance*, dont nous avons montré plus haut l'importance (chap. III, sect. II). Mais sa réaction contre les principes traditionnels a vraiment dépassé la mesure. Quand il nous dit par exemple que la volonté contractuelle n'est qu'une « étiquette », une « idole », un « écho », un reflet des croyances et des représentations collectives (*Rev. trim.*, 1910, p. 720, *Rev. soc.*, 1911, p. 242, *Rev. de mét. et de mor.*, 1911, p. 414), qu'« on peut dire ou ne pas dire que le contrat est un acte de volonté », que « ce n'est que façon de dire » (*Rev. soc.*, 1911, p. 241), ces affirmations étranges, — qui procèdent, croyons-nous, en droite ligne de la conception sociologique de l'école de M. Durkheim, — sont trop directement contraires à tout ce qu'ont cru les juristes de tous les temps et de tous les pays, pour ne pas exciter notre légitime défiance. — 2° La théorie de la confiance légitime ne rend pas compte de toutes les solutions juridiques positives : preuve manifeste qu'elle n'embrasse pas tous les aspects du problème en cause. Ainsi, tandis que l'exception de dol est inopposable au tiers de bonne foi porteur d'une lettre de change, il n'en est pas de même de celle tirée de l'existence d'un faux avec contrefaçon de signature. Pourquoi cette différence ? Est-ce que dans les deux cas l'état de confiance du tiers porteur ne présente pas absolument les mêmes caractères ? Et dès lors ne faut-il pas dire que dans les actes juridiques le droit prend en considération d'autres éléments que la « confiance légitime » de celui qui se prétend créancier ? (Cf. P. Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, thèse, 1911, p. 101). — 3° La théorie de la confiance légitime, telle que la présente M. Lévy, se borne à des *constatations*, elle ne fournit pas des *explications*. Un juriste strictement positiviste, qui borne son ambition à enregistrer des faits et à cataloguer les formes diverses des relations sociales, peut sans doute s'en contenter. Ce n'est pas notre

des besoins humains ne s'accomplirait que de façon précaire et insuffisante, que par conséquent les biens de ce monde n'atteindraient pas leur destination naturelle, et que toute division du travail social serait à jamais impossible (1).

Dans tout groupement organisé un « commerce juridique » est donc nécessaire : d'où pour chaque homme le droit d'y prendre part, et pour tout propriétaire le droit de *disposer*, sous des réserves variables, de ce qu'il a en propre.

Or il se peut assurément que dans des sociétés peu différenciées, l'échange immédiat sous la forme du simple troc, puis de la vente au comptant, suffise longtemps aux besoins de la vie économique (2). Tout se passe alors en un trait de temps ; les résultats voulus se réalisent au moment même où ils sont voulus ; aucune obligation ne prend naissance (3). La seule mission du droit est d'organiser les for-

cas. Quand on définit le contrat : un rapport de confiance légitime, on en donne le *signalement*, rien de plus (Rappr. les définitions de la contravention, du délit et du crime, que fournit l'article 1er du Code pénal). Encore venons-nous de voir que ce signalement était insuffisant et parfois inexact. Loin d'être ainsi résolu, le problème du contrat n'est que posé. Il reste à analyser les conditions diverses dont dépend la confiance *légitime*, à déterminer les éléments qui la constituent et les causes qui la font naître. Il y a là matière à bien des théories, même à une théorie qui, s'inspirant d'une conception sociologique plus respectueuse de l'individu, comprendrait le rôle juridique de la volonté individuelle de tout autre façon que M. Lévy.

(1) Nous utilisons, dans les pages qui suivent, un important chapitre du *Zweck im Recht* d'Ihering (tr. fr., I, p. 178 s.), tout en répudiant certaines formules de l'auteur.

(2) Girard, *Manuel*, 4e éd., p. 533 ; Brissaud, *Manuel*, p. 1379 s. ; Huvelin, *Droit individuel et magie*, *Année sociologique*, t. X, p. 25. — A lire aussi, sur le commerce juridique et le contrat, un beau chapitre de Hauriou, *op. cit.*, p. 176 s.

(3) Sauf le cas d'un *délit* commis dans l'aliénation. Nous songeons ici à l'*actio auctoritatis* et à l'*actio de modo agri*, que pouvait engendrer la mancipation romaine.

mes du transfert de propriété et de garantir à chacun la paisible possession des biens ainsi acquis.

Mais pour peu que la vie sociale s'intensifie et que la division du travail se développe, cette forme primitive de l'échange, où les opérations économiques et juridiques sont tout entières enchaînées dans les liens du présent, révèle son insuffisance. Les hommes sentent le besoin d'embrasser l'avenir dans un acte de prévision et de se l'assurer, de faire participer au commerce juridique des biens qu'ils n'ont pas encore, des efforts qu'ils ne produiront que plus tard, d'obtenir contre des services actuels des avantages futurs, ou contre des avantages futurs des services actuels (1).

Or le contrat obligatoire est précisément l'instrument juridique, merveilleux et souple, qui seul permet d'atteindre ces résultats. C'est encore un échange de biens ou de services, mais un échange où l'une au moins des prestations est ajournée. Promettre par contrat, c'est opérer un transfert *à terme*, comme contrepartie de quelque avantage actuel ou futur. On comprend dès lors qu'une telle opération crée une obligation sanctionnée par la contrainte. Le but pratique qui l'a fait naître, les besoins humains auxquels elle répond l'exigent absolument (2). Le contrat est obligatoire parce qu'il ne peut pas être autrement, parce que s'il n'était pas tel, il ne serait pas. C'est l'obligation — ou, si l'on préfère, c'est le résultat pratique que seule elle

(1) D'ailleurs, certaines opérations économiques des plus importantes (Ex. : le bail, le louage de services, le prêt) ne peuvent se concevoir sous la forme du troc, de l'échange immédiat. Impossible de les réaliser entièrement en un trait de temps.

(2) « La force obligatoire de la promesse n'est pas un élément qui vient s'ajouter à celle-ci, elle résulte de sa fonction pratique même. » Ihering, *op. cit.*, p. 180. Rappr. à certains égards, Burlamaqui, *Principes du droit de la nature et des gens*, éd. Cotelle, 1821, p. 407-408.

rend possible — c'est l'obligation, disons-nous, qui explique le contrat, au lieu que ce soit la rencontre des volontés qui explique l'obligation. Jamais un vendeur ne se dessaisirait de sa chose, un prêteur de ses deniers, jamais un propriétaire ne livrerait la jouissance de son immeuble ou une personne quelconque ses services, si le phénomène juridique de l'obligation ne leur garantissait la réception en retour de l'équivalent escompté et promis. Et quel est l'insensé qui paierait d'avance un loyer, un service ou le prix d'un objet, sans la certitude que la contreprestation sera exécutée ? S'il est pratiquement indispensable dans les sociétés humaines que de telles opérations aient lieu (1), il l'est aussi que le contrat, seul instrument possible de ces opérations, engendre des obligations juridiques. La même nécessité impérieuse qui fait que par une vente au comptant opérée selon les formes coutumières je deviens immédiatement propriétaire assuré du bien acheté, exige que le contrat régulier me rende propriétaire en expectative, c'est-à-dire *créancier* des objets ou services promis, et que je puisse compter sur la réalisation de la promesse, malgré les revirements ultérieurs de la volonté du débiteur.

Assurément, cette mainmise définitive du présent sur l'avenir, qui caractérise le contrat (2), n'a pas été dès le

(1) Il est à peine besoin de faire remarquer qu'elles existent aussi bien dans l'intérêt du débiteur que dans celui du créancier. L'emprunteur est le premier intéressé à ce que le prêt soit possible ; et le prêt n'est possible que grâce à l'obligation.

(2) Nous ne saurions trop insister sur ce caractère, qui est le plus frappant. Le contrat générateur d'obligations consiste dans un effort pour intégrer l'avenir dans un acte de prévision. Voilà pourquoi le moment où en matière contractuelle il faut se placer pour apprécier toutes choses est en principe celui de la *formation* même du contrat. C'est à ce moment que le juge doit se reporter lorsqu'il s'agit par exemple d'interpréter les clauses de l'acte, de déterminer s'il y a ou

début chose aisée à concevoir, ni surtout à réaliser (1). Les étranges tâtonnements des peuples primitifs, les multiples causes de résolution ou de rescision des contrats dans les plus anciennes législations (2), l'usage de recourir, pour fixer la volonté du débiteur, à des rites religieux, ou à des imprécations magiques (3), tout cela nous prouve combien fut difficile l'entrée dans le droit de l'idée d'obligation conventionnelle. Il y fallut, dit M. Huvelin, « un long appren-

non lésion, de fixer les dommages-intérêts dus pour inexécution des obligations (art. 1150, C. civ.).

(1) Cf. Sumner Maine, *L'ancien droit*, tr. fr., p. 295 s. ; Tarde, *Transformations du droit*, p. 108 s. — Il faut noter au surplus : 1° Que cette mainmise de la volonté individuelle sur l'avenir n'est pratiquement possible que dans un état social relativement stable. Elle suppose un certain minimum de *confiance* dans le bon fonctionnement de la vie collective. Dans une société politique et économique soumise à d'incessants bouleversements, il deviendrait fort difficile et toujours dangereux de prévoir et d'engager l'avenir. Les risques courus seraient tels que l'individu n'oserait plus les assumer. 2° Que le contrat est fait normalement pour embrasser des périodes de temps peu étendues. Ce n'est qu'à cette condition qu'il peut s'exécuter strictement suivant les prévisions initiales. Dans les contrats dont l'exécution s'échelonne sur des durées de cinquante, cent ou deux cents ans, il devient souvent impossible en fait et inéquitable en droit, étant donné les inévitables transformations de la vie économique, de refuser systématiquement de tenir compte des faits nouveaux, non prévus par les parties. Aussi certains auteurs estiment-ils que ces contrats doivent être interprétés avec une souplesse plus grande que les autres, et que dans certaines catégories d'entre eux il faut, à condition de procéder avec mesure, considérer comme incluse la clause *rebus sic stantibus*. A méditer de ce point de vue un important arrêt de la Cour d'Aix et un autre de la Cour de cassation, tous deux rapportés au *Dalloz*, 1876.1.193. — Voy. aussi R. Demogue, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, *Rev. trim.*, 1907, p. 245 s. ; Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, p. 88 s., p. 104.

(2) V. Hauriou, *op. cit.*, p. 209. — Cf. Tarde, *op. cit.*, p. 115.

(3) V. Huvelin, *Les tablettes magiques et le droit romain*, 1901 ; *Magie et droit individuel*, *Année sociologique*, t. X, p. 1 s.

tissage ». Mais le développement de la vie sociale n'était possible qu'à ce prix. De fait, l'évolution du droit contractuel a suivi pas à pas celle des besoins sociaux et des mœurs (1). Au fur et à mesure que les relations des hommes l'exigeaient, on a vu le contrat agrandir son champ d'action, se prêter à toutes les combinaisons correspondant à des buts légitimes du commerce économique ou à des intérêts moraux justifiés. En même temps, la forme que lui impose le droit s'est simplifiée. La nécessité de faire vite, des facilités nouvelles de preuve, le développement de la confiance mutuelle amenèrent le déclin progressif du formalisme rituel des anciens âges. Et un jour vint où, un sentiment moral plus affiné conseillant aux hommes de faire honneur à toute parole sérieusement donnée en vue d'un but légitime, la simple promesse dénuée de formes fut consacrée comme le procédé le plus commode de la réalisation du contrat, — en attendant que, sous les noms de transcription, d'enregistrement, d'authenticité ou encore d' « acte abstrait », il surgisse des besoins nouveaux de la vie juridique un nouveau formalisme.

III. — Mais quels que soient les intérêts humains qu'il a pour mission de satisfaire, et les formes qu'il revêt au cours des âges, le contrat (2) reste toujours essentiellement ce

(1) Voy. en ce qui concerne le droit romain, dont l'évolution ne s'explique que par la fonction pratique du contrat, l'exposé historique fait par Ihering, *op. cit.*, p. 182 s.

(2) Dans tout le présent exposé, pour simplifier nos explications, nous ne nous occupons que du contrat, et du contrat à titre onéreux ; car, parmi les opérations juridiques génératrices d'obligations, c'est de beaucoup la plus importante. Nous laissons donc de côté : 1° les engagements par volonté unilatérale, 2° les contrats gratuits.

En ce qui concerne les engagements par volonté unilatérale, nous

qu'il était au début : un échange, une *commutatio*. Donnant donnant. Chacun cède ou promet pour obtenir lui-

croyons que rien *a priori* n'impose, ni n'interdit leur consécration juridique. Tout dépend, comme en matière de contrats, des avantages qui peuvent en résulter pour le bien commun, c'est-à-dire de leur fonction pratique. De fait, lorsque la reconnaissance de tels engagements se présente dans l'histoire comme le meilleur moyen de sauvegarder des intérêts légitimes ou d'atteindre des fins socialement désirables, on voit le droit les sanctionner (promesses de fondation, promesses de récompense, titres au porteur, offres de contrat, stipulations pour autrui).

Quant aux contrats contenant des promesses à titre gratuit, ce n'est pas, non plus, le dogme de la force obligatoire de la volonté abstraite qui les explique, mais leur but pratique, le rôle qu'ils sont appelés à jouer dans les relations des hommes en vue du bien de tous. A) Ceux dont le *mandat* est le type apparaissent historiquement et rationnellement comme des accessoires indispensables de la vie des affaires (V. sur ce point Ihering, *op. cit.*, p. 191). Le mandataire est moins un ami qui fait une libéralité qu'un correspondant avec qui on est en relations d'affaires. A noter d'ailleurs que l'obligation du mandataire est, parce que gratuite, moins rigoureuse et moins irrévocable, et que l'usage des honoraires fait facilement disparaître la gratuité. B) Restent les promesses de dot et de donation. Ici encore, c'est la considération des intérêts légitimes, matériels ou moraux, à satisfaire, qui détermine la sanction légale. C'est évident pour la dot, étant donné les devoirs, charges ou intérêts d'ordre familial qui y correspondent. Au reste, en fait et en droit (Ex. : au point de vue de l'action paulienne), chez les Romains surtout (V. Ihering, p. 195), la dot est une affaire plus qu'une libéralité. — Quant à la promesse de donation, elle n'a reçu, dit Ihering (*op. cit.*, p. 186 s.), droit de cité dans la législation que lorsque le christianisme eut vaincu l'égoïsme des premiers Romains et « élevé la charité au rang d'un *facteur social* et important ». Et il faut bien remarquer au surplus : 1° que le droit positif a malgré tout conservé une hostilité très marquée contre les promesses de donation (restrictions importantes de fond, conditions rigoureuses de forme, règle « donner et retenir ne vaut », *dont le sens primitif est tout simplement la négation de la valeur obligatoire de la promesse de donation*, etc.) ; 2° qu'en fait, hors le cas de parenté, la promesse juridique de donation est excessivement rare. Et, lorsqu'elle

même. *Do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, pour repreudre les vieilles formules des romanistes. On pourrait dire tout aussi bieu : *do quia das*, *promitto quia promittis*. Un bien ne sort de mon patrimoine, mon activité ne se met au service d'autrui, je n'assume une obligation quelconque, que parce qu'une valeur correspoudante m'est actuellement fournie ou, ce qui revient au même, m'est promise, et qu'ainsi un *dédommagement* vient rétablir l'intégrité première de mon patrimoine. En sorte que si, au lieu d'envisager, comme tout à l'heure, l'opération en bloc, dans sa fonction globale et dans ses rapports avec la vie sociale, nous pénétrons à l'intérieur du coutrat pour en analyser les divers éléments et expliquer séparément chacune des prestations ou obligations qu'il implique, c'est un principe de justice commutative que, dès l'abord, nous rencontrons. Le contrat nous apparaît comme une mise en œuvre de cette idée simple et féconde, dont les philosophes peuvent présenter diversement la genèse psychologique et le fondemeut rationnel, — que pour notre part nous rattacherious eu fin de compte à la notion métaphysique et religieuse de l'équivalence fraternelle des hommes (1), —

a lieu, elle s'explique presque toujours par des services rendus ou espérés ou par des obligations naturelles antérieures, c'est-à-dire, en fin de compte, par une *contre-partie*, dont d'ailleurs le droit se réserve d'apprécier la légitimité morale ou sociale (théorie jurisprudentielle de la cause en matière de donations) ; souvent aussi la donation est grevée de charges, qui en font un vrai contrat onéreux. — Sur l'esprit général du droit des libéralités, V. un curieux article de M. E. Lévy, intitulé *La famille et le contrat*, dans *Rev. de mét. et de mor.*, 1911, p. 106-107.

(1) H. Lorin, *Idée individualiste ou idée chrétienne comme fondement du droit*, dans *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 71 s. — Cf., avec l'idée de fraternité en moins et celle de fatalité en plus, la conception antique de la Némésis, qui, selon M. Huvelin (*Les tablettes*

mais qui en tout cas est profondément vivante dans toutes les consciences humaines et s'exprime par ces adages bien connus : tout sacrifice pour autrui appelle une contre-partie ; tout service, tout travail mérite salaire ; nul ne doit s'enrichir sans cause au détriment d'un autre ; *cuique suum*.

Et nous comprenons alors la théorie de la *cause* (1), ou

magiques et le droit romain, 1901, p. 6 s.) est à la base de la notion grecque et romaine de l'obligation. « Chaque être, en naissant, reçoit son lot, invariable en ce sens que le rapport des éléments qui le composent doit être égal à une somme donnée. Il suit de là que, si l'un des termes du rapport varie, l'autre doit varier parallèlement... L'obligation (pénale ou non pénale) naît de cette idée de correspondance, de compensation, d'équilibre... Tout être qui, par un fait licite, par exemple par un accord de volontés, a détruit à son profit, et aux dépens d'autrui, l'équilibre préexistant des destinées, doit, au yeux du *fas*, rétablir cet équilibre, dans la forme même où il a été rompu. Il doit balancer la valeur négative apportée par lui au lot d'autrui par une valeur positive équivalente. » Ainsi, il se *libère* (de *libra*, balance ; cf. *op. cit.*, p. 52). — V. cependant S. Perozzi, *Le obbligazioni romane* ; Bologne, 1903, notamment, p. 60 s.

(1) Dans la théorie de la cause, telle qu'elle résulte des articles 1108 et 1131-1133 du Code civil et de leur interprétation traditionnelle, il y a, selon nous, trois idées excellentes, mais qu'on a le tort de ne pas distinguer suffisamment, et dont la réalisation technique laisse à désirer. Ces trois idées sont les suivantes : 1° L'idée exprimée au texte : si l'on excepte les donations, toute obligation contractuelle doit avoir sa contrepartie qui la justifie et au sort de laquelle elle est liée. C'est l'adaptation à la matière des contrats de la maxime : nul ne doit s'enrichir sans cause au détriment d'autrui. On a tiré de là cette conséquence que la cause de toute obligation volontaire, autrement dit le pourquoi on s'oblige, fait partie essentielle du contenu juridique de l'acte par lequel on s'oblige. D'où l'exclusion de la « promesse abstraite ». — 2° Le droit ne peut accorder sa protection qu'aux contrats qui tendent à des fins socialement légitimes. Toute sanction doit être refusée aux conventions poursuivant des résultats immoraux ou antisociaux. — 3° Dans l'appréciation de la validité d'un contrat, en particulier dans la détermination de sa conformité aux bonnes mœurs et à l'ordre public, le juge ne doit pas jouir d'un pouvoir d'investigation

du moins l'un de ses aspects, car elle en a plusieurs. Quand, suivant une vieille tradition, — qu'on fait d'ordinaire remonter à Domat (1), mais qui en réalité est bien plus ancienne (2), — les jurisconsultes répètent que dans les

illimité. L'intérêt qui s'attache à la sécurité des relations privées s'oppose à ce qu'il puisse scruter tous les replis de l'âme des contractants et se préoccuper de toutes les répercussions, même les plus lointaines et les plus indirectes, de leur acte. *Il doit s'arrêter quelque part.* — C'est surtout la mise en œuvre technique de cette dernière idée qui prête à la critique. On a cru que la limite cherchée pouvait être fournie par l'idée de cause, telle qu'on la définit en se plaçant au point de vue ci-dessus exposé. Et alors est intervenue la fameuse distinction de la *cause* et des *motifs*. Pour qu'une convention soit licite, a-t-on dit, il faut et il suffit que la cause de chaque obligation le soit ; quant aux motifs, ils sont indifférents. L'expérience a montré que cette distinction théorique était beaucoup trop rigide. En fait, notre jurisprudence n'a pas pu s'y tenir (V. par exemple les décisions relatives aux maisons de tolérance. Cf. H. Godmard, *Des conventions illicites et immorales*, th. 1902 ; Dubreuil, *Les mobiles dans les contrats*, th. de Lyon, 1909. Voy. aussi A. Tissier, *Revue bourguignonne*, 1903, I, p. 192 s.). Autrement souple, mais aussi autrement délicat à manier est le principe admis par le Code civil allemand (V. Saleilles, *Décl. de vol.*, sur l'art. 138). Au lieu de dépendre d'une conception technique abstraite, la limite imposée au juge est donnée uniquement par les usages et les conceptions en cours. Dans l'appréciation de la moralité d'un acte le juge peut et doit tenir compte de tous les éléments que la conscience commune prend en considération lorsqu'elle apprécie cette même moralité. Il s'arrête « au point seulement où l'usage commercial respecte la psychologie des contractants et veut ignorer leurs intentions » (Saleilles, *op. cit.*, p. 264).

(1) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. I, sect. 1, nos 5 et 6. Là se trouve l'exposé classique de la théorie de la cause, exposé sans cesse reproduit depuis, et dont le Code civil a adopté les principes. Voy. la thèse de M. Louis Dubreuil, *Des mobiles dans les contrats*, 1909.

(2) Voy. en effet Esmein, *Les contrats dans le très ancien droit français*, p. 64-66 ; Brissaud, *Manuel*, p. 1419 s. — Cf. le texte bien connu de la *Summa Normanniae* : « Ex promisso nemo debitor constituitur nisi causa praecesserit legitima promittendi. » — Voy. aussi, sur la conformité de cette conception avec les traditions les plus an-

contrats ancnne obligation ne doit être sans canse, ils ne font, somme toute, qne rappeler, pour le mettre sons la protection dn jnge, le principe commntatif (1). « Pas d'obligation sans cause », cela veut dire : pas d'obligation sans une contrepartie qui l'explique et la jnstifie (2). Dans les contrats dits *réels*, la canse de l'obligation, c'est la *res*, c'est-à-dire la prestation effectnée par le créancier : vons m'avez remis vingt francs, je dois vons les rendre. Dans les

ciennes et les plus constantes des législations d'origine germanique, H. Brocher, *La genèse du contrat*, *Rev. gén. du droit*, 1897, p. 517 s.

(1) Voy. dans Locré, t. XIV, p. 164, comment Portalis rattache directement la théorie de la cause aux « règles de justice qui sont antérieures aux contrats mêmes,et desquelles les contrats tirent leur principale force ». — Cf. Daguesseau, *Mémoire sur le commerce des actions*, dans *Œuvres*, 1777, t. X, p. 171 s. — Rappr. de l'interprétation, que nous donnons au texte, de la théorie de la cause : E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, 1898, p. 242 s.

(2) Nous avons déjà dit que nous laissions de côté les donations. La cause en matière de donations, c'est non pas la « volonté abstraite de donner », comme le pense une opinion très répandue, justement critiquée par M. Planiol (*Traité*, II, n° 1038 ; cf. aussi la thèse précitée de M. Dubreuil), mais, ainsi que le dit Domat et que l'estime la jurisprudence française, « *quelque motif raisonnable et juste* ». Ex. : obligations naturelles antérieures, devoirs moraux issus des liens de parenté, conditions ou charges imposées au donataire (cf. théorie jurisprudentielle de la « cause impulsive et déterminante »), services rendus ou escomptés (Dig. 5.3.25.11.. *ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt... velut genus quoddam hoc esse permutationis*), etc. En exigeant une cause et une cause licite, le législateur est censé dire au juge : « Recherchez les motifs de la donation, les intérêts matériels ou moraux auxquels elle correspond ; et voyez s'ils sont « raisonnables » et « justes », s'ils légitiment la donation ». Il ne s'agit plus, comme dans les contrats à titre onéreux, de comparer deux prestations économiques, mais de comparer une prestation économique avec son équivalent moral. — Et c'est précisément parce que cette comparaison est très délicate à établir, aussi bien par les parties que par le juge, que le droit positif est si hostile à l'égard des donations.

contrats synallagmatiques, le fondement de chaque obligation, c'est la promesse de l'autre partie, ou plutôt c'est l'exécution, prévue et escomptée, de cette promesse. Car, nous l'avons vu, toute la singularité du contrat consiste en ce qu'il fournit le moyen, grâce à la garantie de la sanction légale, de considérer des services futurs, des prestations à venir comme des *valeurs actuelles* et d'en faire comme telles l'objet du commerce économique. Les obligations respectives des contractants se servent donc de cause, de fondement juridique l'une à l'autre. Aussi leur sort est-il lié. D'où le principe de l'exécution trait pour trait (*Zug um Zug*) et l'*exceptio non adimpleti contractus* (1) ; d'où aussi la règle d'équité de l'article 1184 du Code civil (2), que les juristes ont si maladroitement justifiée par une condition résolutoire tacite (*supra*, ch. II, *in fine*).

Si tel est le sens de la théorie de la cause, nous avons le droit de dire qu'au fond tout contrat est *réel*. Aucune obligation ne naît *nuda voluntate* (3). La volonté n'est que la cause instrumentale de l'obligation ; la cause efficiente, le fondement vrai, c'est la *res* (4). En me versant des deniers,

(1) Voy. sur cette *exceptio* et sur la notion générale du contrat synallagmatique : Saleilles, *L'obligation*, 2e éd., 1901, p. 183 s.

(2) Cf. Cass., 14 avril 1891, D. 91.1.329.

(3) On peut donc redire en ce sens la vieille maxime rapportée par Pierre de Fontaines (*Conseil*, XV, § 13) : « Cil n'a mie bele reson de demander qui demande por ce que on li covenança sans autre reson metre avant. »

(4) Voilà pourquoi nos traditions juridiques les plus anciennes se sont toujours montrées hostiles à la promesse abstraite ou non causée, et ont mis à la charge du créancier la preuve de l'existence d'une *cause*, d'une *res*. Pour certains de nos vieux auteurs, le *pactum nudum*, dénué de force obligatoire, ce n'est pas la promesse sans *forme*, mais la promesse sans *cause*, c'est-à-dire la promesse qui n'énonce pas la cause de l'obligation. — Cf. Esmein, *Les contrats dans le très ancien*

en me fournissant vos services, ou tout simplement — car encore une fois, grâce à l'idée d'obligation, la promesse équivaut à la prestation effectuée, — en me *promettant* vos deniers ou vos services, vous avez mis une *valeur* dans mon patrimoine ; vous m'avez fait plus riche à votre détriment. Voilà pourquoi je suis obligé envers vous ; je dois vous rendre ce que vous m'avez donné ou bien l'équivalent que nous avons déterminé. Sinon, vous subiriez un dommage injuste, je m'approprierais illégitimement votre bien. Or *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem* (*Digeste*, L, 17, 206).

Tout cela nous explique pourquoi, à considérer l'étymologie, les mots de *debitor*, de *creditor*, d'*aes alienum* évoquent tous les trois l'idée d'une chose reçue d'autrui, qui doit être rendue (1) ; pourquoi les contrats réels, de tous

droit français, p. 64 s. — Voy. *ibid.* des textes anciens indiquant des rapports étroits entre la théorie primitive de l'obligation née *re* et la théorie plus moderne de la *cause*. V. aussi Brissaud, *Manuel*, p. 1419 s. ; H. Brocher, *op. cit.* — Cf. pour le droit anglais et sa théorie du *quid pro quo*, Brissaud, p. 1410 s. — A noter l'importance qu'avait prise en droit prussien le système de l'*exceptio non adimpleti contractus* : le demandeur ne pouvait exiger en justice l'exécution de la promesse à lui faite par le défendeur que s'il prouvait avoir lui-même préalablement exécuté la prestation correspondante. Cette preuve était la condition d'ouverture du droit à la poursuite (V. Saleilles, *L'obligation*, 2e éd., p. 189). L'obligation naissait donc bien *re* et non pas *solo consensu*. — Cf. l'article 95 de l'ancien Code fédéral des obligations (1881) et l'article 82 du nouveau (Livre V du Code civil suisse, 1911). Cf. aussi l'article 533 du Code civil japonais (1896).

(1) Ihering, *Zweck im Recht*, I, tr. fr., p. 183 : « Le débiteur (*debitor*) est celui qui a quelque chose appartenant à autrui (*de — habere = debere, debitor*). Le créancier (*creditor*) est celui qui a donné quelque chose (*duere = dare, creduere, creditor*). La dette, c'est l'argent donné au débiteur (*aes alienum*). Ces trois notions : débiteur, créancier, dette, d'après leur constitution linguistique, évoquent donc tou-

les plus anciens et les plus universellement connus (1), constituent comme le tronc primitif dont les diverses branches de l'arbre contractuel sont progressivement issues (2) ; pourquoi à l'origine, entre l'idée de contrat et celle de délit, de vol ou de dommage injuste, la différence est si minime et le passage si facile (3) ; de nos jours encore le créancier impayé ne traite-t-il pas son débiteur de « voleur » ? Et nous comprenons aussi pourquoi l'action née de l'inexécution d'un contrat se présente beaucoup moins comme la consécration d'un vouloir individuel que comme la réparation équitable d'un dommage (4). Pas de dommage, pas d'action ; et c'est le préjudice, non la volonté, qui fixe la mesure de la condamnation. Parfois, il est vrai, la volonté des parties veut se soustraire aux incertitudes procédant de cette règle : elle use de la *clause pénale*. Pour des raisons de commodité pratique, le droit l'y autorise. Mais c'est à

tes les trois l'idée d'avoir quelque chose venant d'autrui. » — Voy. aussi sur la notion de *creditum* comme base du commerce juridique, Hauriou, *Principes*, p. 191.

(1) V. Ihering, *op. cit.*, p. 182 ; Hauriou, *op. cit.*, p. 201. — Cf. Brocher, *La genèse du contrat*, *Rev. gén. du droit*, 1897, p. 517 s. ; et *infra*, chap. VI, sect. I.

(2) Ihering, *loc. cit.* V. aussi, sur cette idée que les contrats consensuels ne sont que des contrats réels perfectionnés, Huvelin, dans Daremberg et Saglio, t. VII, V° *Obligatio*, p. 138, col. 1.

(3) Cf. Girard, 4e éd., p. 429. Chacun sait qu'à Rome beaucoup de contrats ont été sanctionnés sur le terrain délictuel avant de l'être sur le terrain contractuel. — A tout prendre, ne peut-on pas dire que le contrat n'est qu'une sorte de *composition* consentie par les parties et ayant pour objet la réparation d'un *dommage*, actuel (contrats réels unilatéraux) ou futur (contrats synallagmatiques) ? Au reste, voy. Huvelin, *Droit individuel et magie*, p. 26 s. ; et V° *Obligatio*, dans Daremberg et Saglio, t. VII, p. 133 s.

(4) Cf. en effet les termes mêmes dont on use : *indemnité*, *dommages-intérêts*, etc.

la condition qu'elle n'abusera pas de cette faculté (1). Si l'écart devenait trop grand entre la clause stipulée et le dommage effectivement subi, en d'autres termes, si la volonté prétendait être *créatrice* et non plus seulement *déterminatrice* du droit, le juge serait autorisé à diminuer cet écart et à rappeler la volonté à son véritable rôle (2).

Ainsi, tout en conservant sa figure juridique propre, le contrat n'apparaît plus comme un phénomène absolument à part, sans aucun lien avec le reste des institutions juridiques. Loin d'être séparées par un abîme, les obligations conventionnelles et les autres procèdent des mêmes nécessités juridiques objectives. Elles sont, bien que sous des formes différentes, la mise en œuvre du même principe de justice, hors lequel ne se conçoit aucune vie sociale, aucune entreprise humaine de collaboration en vue de la satisfaction des communs besoins (3) : *cuique suum tribuere* ; *ne quis alterius damno fiat locupletior*. C'est pour cela qu'entre les situations contractuelles et certaines autres situations juridiques les rapports sont souvent très étroits, allant

(1) Au reste, la définition même de la clause pénale en indique la vraie nature : « La clause pénale, dit l'article 1229 du Code civil, est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale » C'est la tarification d'un dommage éventuel, lequel peut être soit d'ordre exclusivement économique, soit aussi d'ordre moral (Cf. Demogue, *Notions*, p. 190, p. 451).

(2) C'était là du moins le principe traditionnellement admis dans notre ancien droit. Il a trouvé une consécration dans le paragraphe 343 du Code civil allemand et dans l'article 163 du nouveau Code fédéral des obligations (Cf. l'art. 182 de l'ancien C. F. O.). Voy. Saleilles, *L'obligation*, 2e édit , p. 343, n. 4 ; E. Gaudemet, dans *Livre du Centenaire*, p. 980.

(3) Cf. sur l'importance générale de ce principe, Hauriou, *op. cit.*, p. 191 ; Theodoroff, *De l'enrichissement sans cause*, thèse de Toulouse, 1907, p. 1 s., p. 78 s.

parfois jusqu'à l'identité. Au point de vue des effets juridiques, qu'est-ce qui ressemble plus à un *mutuum* qu'un paiement d'indu ? à un mandat, qu'une gestion d'affaire ? Dans nombre d'hypothèses où l'on s'oblige d'ordinaire par contrat, le contrat pourrait fort bien disparaître sans que l'obligation fût par là même supprimée ; le principe d'équité qui est à la base de la théorie de l'enrichissement indu suffirait à en déterminer le maintien (1). Par exemple, si, en dehors de tout contrat proprement dit, ou sur la foi d'un contrat plus tard déclaré nul pour vice du consentement ou pour incapacité, un artisan a exécuté un travail pour mon compte, nul doute que je ne lui doive une juste rétribution, la même, pratiquement, que si un contrat valable fût intervenu (2).

Les juristes épris d'unité ont donc eu parfaitement raison d'essayer de rattacher à un principe unique toutes les obligations nées de causes licites. Mais ils ont fait fausse route, quand, sous l'influence du « dogme de la volonté », ils ont tout tiré du côté du contrat et inventé la théorie artificielle du quasi-contrat. C'est bien plutôt le contrat qui est quasi un quasi-contrat (3).

(1) Cf. *supra*, chap. III, sect. II, § II, 4, et chap. IV, sect. I, 2. — V. aussi Demogue, *Rev. trim.*, 1911, p. 434.

(2) Cf. Gény, *Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail*, *Rev. trim.*, 1902, p. 339.

(3) Cf. *supra*, chap. IV, sect. I, 1. Plus exactement, les contrats, les quasi-contrats et les phénomènes régis par la règle de l'*in rem versum* représentent trois groupes de situations différentes, à l'intérieur desquelles entrent en jeu les mêmes principes fondamentaux. Mais, par la souplesse et la diversité de ses applications, par son aptitude à embrasser et à régler l'avenir (Cf. *supra*, p. 354 et suiv.), et aussi par le rôle que joue la volonté dans sa formation et dans la détermination des équivalents, le contrat reste un phénomène à part, qui garde sa physionomie propre. Dans la société, son rôle est de servir

IV. — Est-ce tout ? En exigeant pour chaque obligation une contrepartie, avons-nous tiré de l'idée première qui a inspiré la théorie de la cause toutes les conséquences qu'elle renferme ? Une cause licite *quelconque* suffit-elle à fonder une obligation quelconque, même si entre l'obligation et sa cause la disproportion est manifeste (1) ?

à l'échange, à la *dynamique* des valeurs, d'effectuer des déplacements de biens en vue de la coopération sociale et de la satisfaction des besoins de chacun et de tous. Au contraire, les obligations nées des quasi-contrats, des délits et de l'*in rem versum* sont de caractère récupératoire ; elles ont pour fin la *statique* des valeurs, c'est-à-dire la conservation des biens à leurs titulaires, le maintien des états économiques antérieurs. — Cf. Théodoroff, *op. cit.*, p. 78 et p. 130.

(1) V. comme exemple de la manière traditionnelle dont les théologiens et les canonistes ont résolu la question : Saint Thomas, *Somme théol.*, 2a 2ae quaest. 61 et quaest. 77, art. 1. Voy. aussi Brants, *Les théories économiques aux XIIIe et XIVe siècles*, Louvain, 1895. Nos anciens auteurs ont en général adopté intégralement les principes de la théorie canonique de la justice commutative. On consultera surtout Daguesseau, *Mémoire sur le commerce des actions*, dans *Œuvres*, 1777, t. X, notamment, p. 171 et s. — Cf. aussi Pothier, *Obligations*, I, nos 33 et 34 ; *Vente*, no 242 s. Il faut consulter en outre la littérature relative à la lésion dans les ventes d'immeubles (art. 1674 s., C. civ.), notamment les travaux préparatoires du Code civil (dans Locré, t. XIV, p. 76 s.) : Portalis a exposé et défendu avec beaucoup de force la conception canonique (p. 76 s., et surtout p. 161 s.). — V. aussi Brants, *La lutte contre l'usure dans les lois modernes*, Louvain-Paris, 1907 ; Abbé de Pascal, *Le régime des échanges* (*Semaine sociale de Dijon*, 1906, p. 79 s.) ; Duthoit, *L'injustice usuraire vis-à-vis du droit moderne* (*Sem. soc. de Rouen*, 1910, p. 203 s.) ; G. Desbuquois, *La loi du juste prix* (*Mouvement social*, 1911, p. 867 s.) ; Ihering, *Zweck im Recht*, tr. fr., p. 91 s. ; Durkheim, *Division du travail social*, 1893, p. 428 s. ; H. Pascaud, *Du principe que les contrats entre majeurs ne sont pas rescindables pour cause de lésion*, dans *Rev. gén. du droit*, 1895, p. 486 s. Enfin, parmi les thèses se rapportant à ces questions, voy. F. Hayem, *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, 1899, dont les conclusions sont tout à fait opposées aux nôtres ; J. Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, 1905 ;

On sait quelle réponse, au nom de l'autonomie de la volonté, l'individualisme apporte à cette question. Quant à nous, au point où nous en sommes parvenu de nos développements, nous n'hésitons pas à répondre par la négative. Assurément, nous allons ainsi à l'encontre de l'interprétation, généralement admise depuis un siècle, de la notion de cause : la cause, dit-on, « ne comporte ni insuffisance, ni excès ; c'est un élément de droit qui n'a pas de mesure » (1). Mais si nous abandonnons la tradition des interprètes du Code civil, c'est pour nous rattacher à une tradition plus auguste et plus ancienne, qui n'est pas seulement celle de tous les moralistes depuis Aristote et Cicéron, mais encore celle de tous les jurisconsultes et canonistes du moyen-âge, celle aussi des Daguesseau, des Pothier, voire des Portalis ; tradition qui, en dépit des juristes individualistes et des économistes, demeure toujours bien vivante dans la conscience populaire. Non, une cause quelconque ne suffit pas ; il faut une cause proportionnée à l'obligation. Il faut qu'entre les prestations effectuées ou promises, entre les avantages et les sacrifices respectifs des parties, il y ait *équivalence*. La justice est harmonie, disaient les anciens. En matière d'échange, elle est équilibre et égalité ; la balance est son symbole. Le contrat n'a plus droit à la protection de la loi, lorsqu'il n'y a pas entre les services échangés une équitable réciprocité (*aequitas*, *aequum*) (2). « En matière

A. de Tarde, *L'idée du juste prix*, 1906 ; P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, 1911, p. 147 s.

(1) P. Roubier, *op. cit.*, p. 173. — Voy. cependant Cass. req., 17 juillet 1906, D. 1910.1.286 (réduction d'une obligation pour fausseté partielle de sa cause) et, sur cet arrêt, Charmont, *Rev. crit.*, 1911, p. 337 s.

(2) Cf. dans Locré, t. XIV, p. 90, la déclaration du Premier Consul lors de la discussion de la rescision pour lésion : « On objecte que,

d'engagements on d'obligations, dit justement Dagnessean, tont ce qni est sans canse, *ou porté au delà des bornes de sa cause*, est injnste ; parce qn'alors c'est une cause étrangère qni agit, c'est-à-dire la nécessité, l'ignorance on l'inconsidération dn vendenr on de l'achetenr ». Tel est le « principe universel qn'on ne sanrait trop répéter » (1) et qne nons adopterons ici hardiment, quitte à lni apporter ensuite, dans la mise en œnvre pratiqne, les tempéraments nécessaires.

C'est en effet, nous l'avons vn, an nom dn *bien commun* qne la société sanctionne le contrat. Or — et ceci ne pent faire l'ombre d'un donte — le senl contrat conforme an bien commnn, le senl qni soit orienté vers la satisfaction maxima des besoins légitimes de chacnn et de tons, le senl anssi qui nnisse les hommes, qni stimule et régnlarise tont à la

dans les principes de la justice civile, les contrats doivent être respectés. Il n'y a pas de contrat de vente, lorsque l'on ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'on donne. »

(1) Daguesseau, *op. cit.*, p. 188. La règle de l'équivalent et le principe de la rescision pour lésion sont nettemenl rattachés par Daguesseau et par Portalis à la théorie de la *cause*. « Quoiqu'un acte ou un engagement ait une cause, dit encore Daguesseau (p. 178), si cependant l'effet qu'on lui donne est plus étendu que la cause, tout ce qui excède cette proportion, prise dans une certaine latitude morale, est vicieux parce qu'il est véritablement sans cause. » « S'il y a lésion, dit Portalis (V. Locré, t. XIV, p. 77 et p. 165), c'est-à-dire s'il n'y a point d'équilibre entre la chose et le prix, le contrat se trouve sans cause, ou du moins sans une cause raisonnable et suffisante à l'égard de la partie. » Il est inutile de souligner combien étroitement la théorie du contrat se trouve ainsi rattachée à celle de l'enrichissement indû et quelle atteinte le principe de l'autonomie de la volonté en reçoit. — Voy. aussi la lésion expliquée par une insuffisance de *cause* dans Larombière, I, art. 1131, n° 13. Notons enfin que la jurisprudence s'est parfois fondée, pour réduire les salaires excessifs des mandataires, sur l'insuffisance de la *cause*. V. par ex. Paris, 14 janvier 1903, *Gaz. Trib.*, 1903.1.2.320.

fois le jeu normal des activités individuelles en concours, c'est le contrat juste, le contrat où chaque contractant reçoit l'équivalent de ce qu'il donne, où, en d'autres termes, la rémunération des sacrifices et des apports qu'il fait à cette grande œuvre commune de la satisfaction des besoins humains correspond à la valeur sociale de ces sacrifices et de ces apports (1). Teuir tout contrat pour valable par le seul fait qu'il est verbalement consenti, et laisser par suite les égoïsmes humains face à face, sans frein ni loi pour amortir leurs chocs et discipliner leur action, c'est consacrer juridiquement le triomphe de la force, de la ruse ou de toute autre supériorité de fait ; c'est déchaîner et légitimer toutes les « covoitises de vilain gaing » (2) ; c'est « délivrer un permis de chasse aux pirates et aux brigands, avec droit de prise sur tous ceux qui leur tombent entre les mains » (3). Salaires de famine, accaparements et monopoles, baisses ou hausses artificielles et frauduleuses des valeurs et des marchandises ; falsification des produits ; la petite épargne férocement exploitée par des lanceurs d'affaires ; les forts et les habiles vivant aux dépens des faibles et des simples ; les riches toujours plus riches, les indigents toujours plus indigents : serait-ce là l'idéal de vie d'une société ?

(1) Le contrat où chacun reçoit l'équivalent de ce qu'il donne est aussi le seul que les deux parties aient d'ordinaire intérêt à maintenir jusqu'au bout et qu'elles exécutent *spontanément*. Si le contrat a été inéquitable, c'est surtout la crainte des voies d'exécution forcée qui décide la partie lésée à tenir ses engagements. — Cf. Durkheim, *Division du travail social*, 2e édit., p. 375.

(2) Etienne Boileau, *Livre des métiers* (cité dans Brants, *Les théories économiques aux XIIIe et XIVe siècles*, p. 204).

(3) Ihering, *Zweck im Recht*, tr. fr., p. 96.

Au reste, indépendamment de ses répercussions sociales, le contrat inéquitable est par lui-même une monstruosité juridique et morale. « La lésion en soi est odieuse et illicite », dit Portalis (1). Aussi la conscience humaine a-t-elle toujours condamné sévèrement « l'exploitation d'autrui sous le voile du contrat », autrement dit l'usure (2). L'usure, on le sait, n'est pas spéciale au *mutuum* ; tous les contrats en sont susceptibles. Elle consiste à s'enrichir sans cause légitime aux dépens d'autrui, à profiter de son besoin, de son inexpérience ou de sa légèreté pour lui faire payer ce qu'on ne lui donne pas ou ne pas lui payer ce qu'il donne. C'est un vol sous des apparences contractuelles. Et ce vol implique la totale méconnaissance de la dignité de la personne humaine. Car s'approprier ainsi indûment le fruit normal de l'activité d'un autre ou de celle de ses « auteurs », n'est-ce pas le courber au rang des choses, s'en servir comme d'un moyen, d'un instrument (3) ?

(1) Locré, t. XIV, p. 168. — Et c'est pour cela, ajoute Portalis, que les mineurs ne sont point restitués comme mineurs (c'est-à-dire à raison de la faiblesse de leur *volonté*), mais comme lésés : *non tanquam minor, sed tanquam laesus.*

(2) On sait la définition célèbre de saint Bonaventure : « L'usure est l'accaparement de la chose d'autrui, avec l'aveu du maître, sous le voile du contrat. » *Usura est sub specie negociationis alienae rei domino sciente contrectatio.* Voy. sur cette conception de l'usure les travaux déjà cités de MM. Brants, de Pascal et Duthoit. — *Adde* : Lorin, dans *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 78 s.

(3) Voilà certes un argument qu'un individualisme de bon aloi ne devrait pas dédaigner. Mais l'individualisme classique ne connaît que l'individu abstrait, « l'Unique », comme dit Max Stirner. Il affirme les droits absolus d'un être humain supposé isolé et indépendant, sans remarquer qu'en fait tout individu réel vit au milieu d'autres individus qui, eux aussi, ont des droits et une dignité personnelle égale. En d'autres termes, tout en exaltant *la valeur individuelle de l'homme*, l'individualisme méconnaît *la valeur respective des hommes* et leur équivalence fraternelle.

La loi d'égalité est donc postulée tout à la fois par le respect réciproque que se doivent les personnes humaines, et par la fonction naturelle que le contrat doit remplir dans le monde.

Vainement on oppose (1) à cette conception traditionnelle de la justice commutative, que l'inégalité des prestations est exigée par la nature même du contrat, que sans la perspective d'un bénéfice à réaliser les individus ne consentiraient pas à sortir de l'état d'inertie et d'indifférence, et donc ne contracteraient pas. Cette objection, qui repose tout entière sur une confusion entre la valeur individuelle d'usage et la valeur sociale d'échange, ne mérite pas de nous arrêter un seul instant. On prétend aussi, et c'est là l'objection préférée des économistes, que la vieille théorie du juste prix, du juste salaire et du juste loyer se réfère à une conception radicalement inexacte de la valeur : elle suppose, dit-on, que la valeur préexiste à l'échange, que c'est une qualité intrinsèque des objets capable d'être mesurée objectivement comme leur grandeur ou leur poids. Or la valeur n'est rien de pareil. C'est une notion purement subjective, qui, loin de précéder et de dominer l'échange, en résulte, et qu'on ne connaît que par la convention même (2). C'est donc chimère pure, que de subordonner les contrats à une prétendue norme objective fondée sur la valeur des choses : les choses ne se vendent ni plus ni moins qu'elles ne valent ; elles ne valent que ce qu'elles se vendent.

(1) V. F. Hayem, thèse précitée, p. 105 s. — Cf. les réflexions de M. Roubier dans sa thèse, p. 154 s.

(2) « Le prix n'est connu que par la convention même, disait au Conseil d'Etat Berlier ; c'est elle qui le constitue, et il ne faut pas le chercher ailleurs » (Locré. t. XIV, p. 65).

L'argument est superficiel et sophistique. Il vaudrait peut-être (et encore sommes-nous loin d'en être sûr) s'il n'y avait au monde que deux individus et ne contractant qu'une seule fois. Mais en réalité, quand j'entre avec un tiers en rapport de contrat, bien d'autres ont fait de même avant nous, et bien d'autres autour de nous font de même. Aussi les choses ont-elles déjà, indépendamment de notre convention individuelle, une certaine valeur, sujette il est vrai à des fluctuations, mais assez précise cependant pour constituer, par rapport à notre contrat particulier, une base d'appréciation vraiment objective (1). Et, remarquons-le bien, cette « *valeur d'échange* » que nous révèlent l'ensemble des contrats antérieurs ou environnants et les jugements concomitants de l'opinion publique, ne procède aucunement d'une fixation arbitraire, faite au hasard et sans but. Au fond, la valeur d'échange n'est elle-même que la traduction sous forme quantitative d'une valeur d'usage, mais d'une *valeur d'usage social*. Elle exprime, aussi approximativement que possible, la place qu'occupent à une époque donnée chaque chose et chaque service dans l'entreprise collective de la satisfaction des besoins. Comme elle résulte, en effet, d'une sorte de juste moyenne entre les appréciations combinées de tous les intéressés, vendeurs et acheteurs, producteurs et consommateurs, on peut dire qu'elle correspond vraiment non pas aux besoins particuliers d'un individu, mais

(1) Cf. Portalis, dans Locré, t. XIV, p. 80 et p. 166 s. On s'entend parfaitement, remarque Portalis, quand on parle de prix équitable, juste, raisonnable ; et le législateur n'a pas dit une chose dénuée de sens, lorsqu'il a exigé, préalablement à toute expropriation pour cause d'utilité publique, une *juste* indemnité. — Au reste, dans les trois quarts des procès, les juges ont à faire une *juste* appréciation de dommages subis. Comment le pourraient-ils, s'il n'y avait pas une certaine échelle objective des valeurs ?

aux besoins normaux de tous les membres de la communauté (1), et qu'elle marque, entre les divers groupes d'intérêts et de fonctions en concours, l'équilibre pratique que l'expérience a montré le plus favorable à la bonne marche de la vie sociale (2). C'est pourquoi cette valeur d'usage social fixe, aux yeux de nos vieux auteurs, le « prix naturel », le prix conforme au « bien commun », le « juste prix » auquel les conventions privées doivent se soumettre (3). Le juste prix, dit à ce sujet M. Desbuquois « appa-

(1) Cf. Daguesseau, *op. cit.*, p. 177 et p. 184 ; Portalis, *loc. cit.*; p. 166.

(2) Nous exceptons, bien entendu, les cas d'accaparements, de monopoles, de spéculations abusives, de fraudes à la fabrication, etc..., toutes choses que peuvent d'ailleurs prévenir d'opportunes interventions législatives et surtout une forte organisation des groupements professionnels.

(3) Le prix juste n'est pas *nécessairement* celui qui est pratiqué de fait à un moment donné et sur un marché donné (voy. la note précédente), mais celui que l'opinion commune des personnes compétentes et intéressées (vendeurs et acheteurs, producteurs et consommateurs, patrons et ouvriers, etc.) estime devoir être pratiqué. Il existe, par exemple, dans l'industrie du travail féminin à domicile des salaires de misère qui sont couramment *pratiqués* dans certaines régions et que pourtant la conscience commune (celle des ouvrières qui les subissent, celle du groupe social qui en est le témoin, et celle aussi des employeurs qui les imposent) condamne comme insuffisants et abusifs. On ne peut dire qu'ils soient justes. Il faut donc introduire ici une distinction analogue à celle faite en Allemagne, à propos du paragraphe 138 B.G. B. et des « bonnes mœurs », entre les pratiques courantes et le jugement que la conscience commune porte sur ces pratiques (V. Saleilles, *Décl. de vol.*, § 138, p. 281 s.). Le 11 avril 1901, un arrêt célèbre de la Cour impériale de Leipzig a vertement critiqué une décision de la Cour de Hambourg qui avait cru légitimer une pratique commerciale répréhensible au moyen de ce considérant : « Cela se passe tous les jours ainsi dans la libre concurrence » (V. Brants, *Lutte contre l'usure*, p. 88). Rappr. un jugement intéressant du trib. corr. de la Seine (24 déc. 1910, *Gaz. Pal.*, 1911.1.150) qui,

raît, au moment où les libertés individuelles vont entrer en contact pour conclure le contrat particulier d'échange, comme l'expression d'une sorte de convention générale, de *contrat collectif*, où se sont associées toutes les volontés, qui enveloppe les libertés individuelles et s'impose à elles de par la volonté supérieure de la nature, ou mieux de la société, exprimant les exigences sociales, l'aspect universel, la répercussion sociale que revêt le moindre des actes d'échange (1) ».

Seul, le respect obligatoire de ce « contrat collectif » et de la norme d'équivalence fixée par lui, est capable de discipliner les appétits et les convoitises, d'assurer l'équitable rémunération de tous les services d'après leur valeur sociale, et de faire du contrat individuel, au lieu du choc désordonné de deux égoïsmes, un principe d'union et de solidarité.

Sans doute, il se peut qu'en pratique le droit positif doive tolérer, au delà ou en deçà du juste prix, une marge plus ou moins étendue, où il est permis aux contractants de se circonvenir mutuellement (*sese invicem circumvenire*) (2) ; car la valeur des objets est instable et, en dehors des choses fongibles, qui font fonction l'une de l'autre (blé, pain, avoine, etc...) (3), le prix juste est toujours plus ou moins imprécis et indéterminé. De fait, les législations qui tiennent compte de la lésion, exigent d'ordinaire, pour annuler

à propos de la fabrication du chocolat, établit une heureuse distinction entre les *usages* commerciaux (normatifs) et les *habitudes* commerciales, plus ou moins blâmables, qui se sont créées à côté de ces usages.

(1) G. Desbuquois, *op. cit.*, p. 873.

(2) Cf. Daguesseau, p. 187 ; Portalis, p. 170.

(3) Pour ces choses-là, le prix juste est déterminé avec une très grande précision (d'où les art. 1291 C. civ. et 129 C. pr.). Le moindre écart constituerait une exploitation.

un contrat, une *laesio enormis* (1), une « disproportion choquante » (cf. § 138, C. civ. all.). Il se peut surtout qu'à raison de la complexité et de la diversité des situations particulières où interviennent les conventions, l'application uniforme et brutale d'une règle rigide, fondée uniquement sur l'élément économique objectif (Ex. : fixation d'un taux légal unique d'intérêt maximum), ne représente plus de nos jours le meilleur moyen de sauvegarder dans les contrats le règne du juste, et qu'à côté de cet élément objectif il faille prendre en considération la psychologie concrète des parties et les « circonstances de l'espèce ». C'est ainsi que le droit contemporain tend à préférer à la notion classique de *lésion* celle plus souple d'*exploitation* (*Ausbeutung*, § 138 all.), qui suppose, outre une disproportion réelle entre les prestations, deux autres éléments que dans chaque cas le juge apprécie : d'une part un certain état de faiblesse, de

(1) C. 4.44, *De rescind. vend.*, 2.8. — Ancien droit : lésion d'outre moitié ; — Code civil : lésion des 7/12 pour les ventes d'immeubles, lésion du quart pour les partages (cf., en matière de sociétés, l'article 1854, et, en matière de vente d'engrais, la loi du 8 juillet 1907, qui admet au profit de l'acheteur la réduction pour lésion de plus du quart). — La plupart des autres législations admettant dans la vente la rescision pour lésion (d'ordinaire au profit des deux parties ; quelquefois au profit du vendeur seul ; très rarement, comme dans le *landrecht* prussien, au profit du seul acquéreur) exigent une lésion de moitié. Le Code mexicain exige une lésion des deux tiers ; dans le canton du Valais, on se contente d'une lésion d'un tiers. — Voy. R. de la Grasserie, *Etude sur l'inégalité dans les contrats en droit comparé*, *Bull. de la Soc. de lég. comp.*, 1911, p. 518. On sait que le droit musulman et le droit israélite imposent d'une manière beaucoup plus stricte que les législations modernes l'équivalence des prestations. Notons, d'autre part, que le Code civil autrichien (§ 934) fait de l'absence d'une lésion d'outre moitié une condition générale de validité de tous les contrats synallagmatiques.

besoin, d'inexpérience, et, chez l'autre partie, la connaissance et la mise à profit de cet état (1).

Mais quoi qu'il en soit des difficultés d'application et des tempéraments imposés par la pratique, nous ne devons pas perdre de vue le principe qui domine la matière. Et ce principe, qui, aussi bien, résume les longs développements des vingt pages précédentes, c'est que tout contrat n'a pas droit à la protection juridique par le seul fait qu'il est un contrat, une déclaration de volonté. Le contrat ne puise pas sa force obligatoire dans la volonté individuelle, mais dans le bien commun dont il est l'instrument et dont, par conséquent, il doit respecter les exigences. Dans la formation des conventions la volonté a sans doute un mot décisif à prononcer ; mais ce mot n'est pas un *fiat* créateur. De même qu'au-dessus de la volonté législative il y a un droit objectif que la loi révèle et formule, mais qu'elle ne crée pas ; de même, au-dessus des volontés individuelles qui contractent, il y a des exigences impératives de justice, dont la convention « loi des parties » détermine et organise la mise en œuvre, mais à l'empire desquelles elle ne peut se soustraire (2). C'est dans la mesure où le contrat se conforme à ces exigences, et parce qu'en s'y conformant il contribue au

(1) V. dans Brants (*Lutte contre l'usure*, 1907) l'abondante littérature suscitée par le paragraphe 138 du Code civil allemand et par les lois et projets de lois qui s'en sont inspirés. — Cf. *infra,* chap. VI, sect. II.

(2) Et l'on peut dire de la *lex contractus* ce que dit Montesquieu de la *lex publica* : « Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit.... Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle tous les rayons n'étaient pas égaux » (*Esprit des lois*, liv. I, ch. I).

bien de chacun et de tous, qu'il a une valeur juridique obligatoire.

Nous pourrions donc souscrire à cette affirmation générale de M. Duguit (1), dont cependant bien des thèses nous séparent : Est juridiquement efficace, non pas tout acte de volonté, mais seulement l'acte de volonté « déterminé par un but conforme à la règle de droit », c'est-à-dire « par un but de solidarité sociale ». Nous substituerions seulement à la notion, aujourd'hui si équivoque, de solidarité sociale, celle plus compréhensive et plus souple de *bien commun* (2).

(1) *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901. Domat a dit aussi, mais sans attribuer à cette formule la même importance : « Tout engagement n'est licite qu'à la proportion qu'il est conforme à l'ordre de la société » (*Traité des lois*, I, ch. V).

(2) Puisque nous avons maintes fois employé l'expression de *bien commun*, nous tenons, pour éviter des confusions fréquentes, à faire remarquer une fois pour toutes : 1° Que par bien commun nous n'entendons pas le bien de l'Etat, surtout au sens moderne du mot, ni le bien de la collectivité personnifiée ou hypostasiée, c'est-à-dire conçue comme fondamentalement distincte des individus qui la composent. Le bien commun n'est pas le bien du Tout, mais le bien de tous. Les hommes, non l'Etat, sont la fin du droit. 2° Que loin d'être une idée purement utilitaire, l'idée du bien commun, c'est-à-dire du bien de *tous*, implique l'affirmation d'un principe supérieur, la croyance à l'égale valeur de toutes les personnes humaines (Cf. Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 1900, p. 161). 3° Que le mot *bien*, très large et très compréhensif, ne se réfère pas seulement à l'utilité matérielle, mais aux intérêts humains de tous les ordres : économiques, scientifiques, artistiques, moraux, religieux. Toute la difficulté pour le droit consiste à déterminer socialement la valeur respective de ces divers intérêts, et, en cas de conflit, à attribuer à chacun la place qui lui revient. Et cela se fait toujours, que l'on en ait ou non conscience, en fonction d'une certaine conception philosophique de l'homme et de ses relations avec l'ordre universel des choses. En d'autres termes, la solution *intégrale* du problème juridique est inséparable de celle du problème de la destinée humaine.

V. — Toutefois, une objection se présente ici, qui sans doute a déjà maintes fois germé dans l'esprit du lecteur, et dont la discussion nous permettra de préciser le véritable rôle juridique de la volonté individuelle.

Cette objection se peut formuler ainsi : faire découler la force obligatoire des conventions non du consentement lui-même, mais des exigences supérieures de l'ordre juridique objectif, dire que le contrat n'a droit à la sanction légale que dans la mesure où il poursuit, selon les lois de la justice commutative, un but conforme au bien commun, n'est-ce pas saper par la base tout le système actuel de la mécanique des échanges ? N'est-ce pas en effet ordonner au juge de ne sanctionner jamais une convention que *cognita causa*, c'est-à-dire après avoir apprécié la valeur de son contenu, la légitimité du but poursuivi, et vérifié par lui-même l'équivalence des prestations ? Et dès lors n'est-ce pas lui donner le droit de modifier et de refaire les contrats sous prétexte d'équité ? Or, une fois engagés dans cette voie, où trouverons-nous une borne à l'arbitraire des tribunaux ? Que restera-t-il du principe de la liberté des contrats, que toutes les législations des peuples civilisés ont solennellement proclamé, et qui signifie précisément que le juge doit tenir pour loi toute convention légalement formée ? Et que deviendra la tranquillité publique avec les millions de procès et d'expertises judiciaires que vont susciter les débiteurs mécontents ? « Dieu nous préserve de l'équité des Parlements ! »

Que le lecteur se rassure : ces conclusions justement redoutées ne seront pas les nôtres. Oui, une certaine liberté des conventions s'impose comme une des conditions impérieuses d'équilibre et de bon fonctionnement de la vie sociale. Le contrat est avant tout un acte de prévision, un

effort des volontés individuelles pour s'assurer l'avenir. Il perdrait sa raison d'être, si l'incertitude devait planer sans cesse sur sa réalisation et si le juge pouvait, au nom de l'utilité générale ou de la justice, en transformer arbitrairement les clauses. Dans l'intérêt supérieur du commerce humain, il faut absolument que, sous certaines conditions fixées par le droit, l'acte juridique légalement formé soit exécuté comme il a été consenti.

Mais qu'on ne croie pas que, pour admettre cette liberté relative des conventions, il faille forcément abandonner la théorie exposée plus haut. Portalis, Daguesseau et les canonistes, dont nous avons adopté les principes, ne sont pas sans avoir reconnu en pratique aux volontés contractantes une certaine autonomie. Ils ne l'ont peut-être fait, il est vrai, qu'à regret. Il semble que pour eux l'idéal eût été que le juge pût intervenir d'autorité pour imposer dans tout contrat le respect absolu de la stricte justice ; le droit n'aurait renoncé à cet idéal et restreint le contrôle des tribunaux qu'à cause des difficultés et des inconvénients multiples auxquels sans cela on se serait heurté : instabilité et imprécision relatives des valeurs des choses, impossibilité d'apprécier exactement tous les éléments, souvent si divers et si complexes, de chaque « espèce » ; multiplication indéfinie des procès ; disparition de toute sécurité dans les relations commerciales, etc. (1). Ce sont là, en effet, des motifs plus que suffisants pour limiter l'intervention du juge et consacrer une certaine autonomie contractuelle. Toutefois, dans ce qu'on présente ainsi comme une sorte de *pis aller*, juristes et économistes ne reconnaîtront sans doute qu'avec

(1) Cf. Daguesseau, *op. cit.*, p. 187 ; Portalis, dans Locré, t. XIV, p. 171.

peine ce grand principe de liberté dont ils ont coutume de vanter les bienfaits et d'exalter la fécondité sans bornes. Et, bien que nous ne partagions pas entièrement leur traditionnel enthousiasme, nous croyons pourtant qu'il n'est pas impossible, sans rien abandonner des principes antérieurement établis, d'asseoir la liberté des conventions sur des bases plus larges et plus solides, et de la présenter autrement que comme un mal nécessaire.

Si les longues et fastidieuses controverses des philosophes au sujet du libre arbitre ont eu quelque résultat heureux, ç'a été certainement de ruiner à jamais la vieille théorie de la liberté d'indifférence, qui identifiait la liberté avec l'arbitraire et le caprice. Liberté et raison sont deux termes qui s'impliquent. Et, parce que l'acte libre est un acte de raison, c'est-à-dire un acte lié à des motifs, une appropriation de moyens à des fins, il apparaît, vu de l'extérieur, comme un acte *normal*. Sociologiquement et juridiquement, la liberté s'appelle normalité. Si le droit absout parfois des délinquants comme irresponsables ou non-libres, s'il frappe d'interdiction ou pourvoit d'un conseil judiciaire certains citoyens et refuse d'attribuer à leurs déclarations de volonté une valeur juridique, c'est toujours parce que dans l'activité des uns et des autres se manifeste quelque chose de bizarre, d'incohérent, d'extravagant, en un mot d'anormal.

Ceci rappelé, supposons que deux personnes raisonnables et libres, placées dans des situations égales, entrent en rapport de contrat. Puisqu'elles sont douées de raison et de liberté, ni l'une ni l'autre ne consentira d'elle-même à se dépouiller sans motif ou à faire des sacrifices hors de proportion avec les avantages correspondants, à acheter, par exemple, à un prix énorme la satisfaction d'un besoin insi-

gnifiant. Et d'un autre côté, dans l'état d'égalité où nous les supposons, les dangers d'exploitation de l'une par l'autre sont fort peu à redouter : dans le contrat à intervenir, l'équilibre pratique d'intérêts divergents, que constate le consentement, sera donc déterminé, non par la pression de quelque force extérieure, mais uniquement par la valeur objective, raisonnablement appréciée, des prestations mises en balance. Chacun recevant ainsi l'équivalent de ce qu'il donne, la convention sera juste ; et, pour remplir sa mission de *custos justi*, le droit n'aura qu'à la sanctionner telle que les parties l'auront consentie (1).

De fait, l'expérience nous montre que rien n'est plus normal, ni plus facilement prévisible qu'un contrat parfaitement libre. Le rôle des volontés individuelles s'y trouve en quelque sorte réduit au minimum : elles se contentent de déterminer la nature et la quotité des prestations à mettre dans la balance contractuelle ; puis elles laissent les choses s'équilibrer elles-mêmes d'après leur valeur normale : c'est ainsi que, dans la plupart des contrats de la vie journalière, les parties se bornent à enregistrer le prix courant des choses, parfois même à s'y référer de façon simplement tacite (2). Lorsque, au contraire, elles s'écartent de ce prix courant, lorsqu'il y a entre les sacrifices respectifs une disproportion anormale et choquante, si cette disproportion ne s'explique pas par l'*animus donandi* ou par quelque autre motif légitime que les circonstances permettent d'apprécier, elle constitue par elle-même la preuve que le contrat n'a pas été libre, qu'il y a eu exploitation d'une part ou folie de l'autre (3).

(1) Comp. Durkheim, *Division du travail social*, 2e éd., p. 377.

(2) Cf. *supra*, chap. III, sect. II, 4.

(3) Ainsi donc, je ne suis pas *libre* de payer, si je le veux, cin-

D'où le principe de la liberté des conventions, exprimé dans l'article 1134. Il signifie que le droit peut avoir confiance dans les contrats libres ; que, sous les conditions générales déterminées par la loi positive, il peut faire des individus les propres régulateurs juridiques de leurs intérêts réciproques, et leur reconnaître dans ce rôle une large *compétence*. Car, tant qu'il s'agira d'individus normaux, placés dans des conditions sensiblement égales, la règle d'équivalence sera respectée, et par là les besoins légitimes de chacun et de tous également satisfaits. En d'autres termes, s'il faut que dans les conventions la justice se réalise, les volontés individuelles sont de cette réalisation les meilleurs organes juridiques : organes autrement souples, rapides et précis que ne saurait l'être le juge, et donc bien mieux adaptés que lui aux desiderata du commerce économique. Le contrôle effectif des tribunaux sur les conventions humaines ne devra donc s'exercer qu'à titre exceptionnel (1).

Ainsi la liberté des contrats (2) se trouve rattachée aux

quante francs un objet dont la valeur normale est de dix francs et qui partout autour de moi se paye dix francs ? Ouvrier, je ne suis pas *libre* de me contenter d'un salaire de deux francs pour un travail qui partout est rétribué cinq francs ? — Non, vous ne l'êtes pas. Ou du moins vous ne pouvez agir de la sorte que si vous avez pour cela un motif et un motif sérieux (Ex. : existence d'une obligation naturelle, d'une dette de reconnaissance, etc...) qu'il importe d'apprécier. Si vous faites ainsi *sans motif*, uniquement pour affirmer la puissance de votre volonté abstraite, votre contrat est nul, et non pas pour cause de lésion, mais pour cause de folie.

(1) La *liberté* n'implique donc pas la négation de toute *norme*. On ne lui attribue au contraire une valeur que parce qu'elle apparaît comme le meilleur instrument de réalisation de la norme.

(2) Cette autonomie relative des volontés entraîne, au point de vue de l'interprétation des actes juridiques, des conséquences importantes,

principes mêmes de justice objective d'où nous sommes partis. Les libres contrats sont sanctionnés par le droit non parce qu'ils émanent de volontés individuelles qui posséderaient par elles-mêmes une valeur juridique absolue et inconditionnée, mais parce qu'ils sont objectivement justes ou présumés tels. « Il y a, dit fort bien Tarde (1), dans la consécration des conventions librement formées une présomption d'équivalence d'avantages, d'équation de valeurs », c'est-à-dire une *présomption de justice*. « C'est pour cela qu'il (le législateur) donne force de loi à ces ordres réciproques que s'adressent les parties, comme si ces ordres émanaient de lui. »

Mais ce n'est là qu'une présomption. Or cette présomption peut être contredite par les faits. L'égalité qu'elle suppose entre les contractants, il faut, pour la croire toujours réalisée, tout l'optimisme robuste de l'individualisme classique. Le plus superficiel regard sur le monde réel nous découvre partout entre les hommes des inégalités profondes en besoins, en savoir, en puissance économique, inégalités que la complexité croissante des rapports humains et les progrès de la division du travail social n'ont fait souvent qu'accentuer (2). Est-ce que l'ouvrier isolé traite d'égal à

que nous avons déjà indiquées (*supra*, ch. III, sect. III). Rappelons seulement que, lorsqu'un contrat poursuit la satisfaction, selon la justice, de besoins humains légitimes, il a droit à la sanction légale, alors même qu'il ne rentrerait pas dans les *catégories* juridiques traditionnelles. Si la volonté individuelle doit se soumettre aux exigences de l'équité et du bien général, elle n'a pas à se plier à celles d'une technique plus ou moins artificielle. C'est à la technique à se mettre au service des volontés poursuivant des fins légitimes.

(1) Tarde, *Transformations du droit*, p. 138.

(2) Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 52 s. ; Bouglé, *La crise du libéralisme*, *Rev. de mét. et de mor.*, 1902, p. 635 ; Charmont, *Socialisation du droit*, *Rev. de mét. et de mor.*, 1903, p. 391 ;

égal avec son patron ? Avec la Compagnie du Gaz, la société d'assurances, la Compagnie de chemins de fer, est-ce que je puis, simple particulier, traiter sur un pied d'égalité ? Or là où l'égalité est rompue, il serait chimérique de prétendre que la liberté des conventions puisse suffire à assurer la réalisation de la justice. Et, la présomption qui lui sert de fondement n'existant plus, c'est dès lors la fonction du droit d'imposer d'autorité aux relations juridiques la norme nécessaire.

Voilà pourquoi le législateur n'a pas cru sa tâche terminée après la proclamation solennelle du principe de l'article 1134. Maintes et maintes fois, par des règles dites impératives ou prohibitives, il s'est efforcé de substituer à une fausse présomption d'égalité l'égalité vraie, afin de prévenir les exploitations et de plier l'activité contractuelle aux exigences supérieures de l'équité. Et, quand ces dispositions générales lui ont paru insuffisantes, il n'a pas hésité à donner au juge les armes nécessaires pour démasquer et réprimer lui-même les abus et les injustices : c'est le cas, par exemple, du fameux paragraphe 138 du B. G. B., qui permet d'atteindre toute exploitation d'autrui sous le voile du contrat ; c'est aussi celui du paragraphe 343 du même Code, qui, comme l'article 163 du nouveau Code suisse des obligations, vise spécialement les clauses pénales abusives. Le besoin de justice contractuelle a été parfois si impérieux, que, là où les juges n'avaient pas reçu du législateur de pareilles armes, ils ont été invinciblement portés, nonobs-

Vivante, *La pénétration du socialisme dans le droit privé* (*Questions pratiques de législation ouvrière*, 1903, p. 37 s. et p. 65). Pour une analyse détaillée des causes d'inégalité dans les contrats, v. R. de la Grasserie, *Etude sur l'inégalité dans les contrats en droit comparé*, *Bull. de la Soc. de lég. comp.*, 1911, p. 487 s.

tant le principe de liberté, à se les forger eux-mêmes, comme ils l'ont fait en France, au grand scandale de la doctrine, pour les honoraires des mandataires. Enfin, dans certains domaines juridiques où les transformations sociales ont rendu trop rare cette parité de situation, seule propice au contrat juste, nous voyons le droit soustraire peu à peu les relations humaines à l'empire de la liberté : la réglementation légale s'étend (législation du travail, lois ou projets de loi sur les assurances, etc.), le contrôle administratif devient plus étroit (homologation des tarifs de chemins de fer, inspection du travail, surveillance des Compagnies d'assurances sur la vie, etc...), de nouveaux organismes sociaux entrent en jeu pour conclure, sous le nom de contrats collectifs, de véritables règlements impératifs : si bien que, dans l'œuvre générale de la réalisation de la justice, le régime du contrat individuel tend à céder ici la place à un régime d'autorité.

Les théories autonomistes protestent contre ces restrictions du jeu contractuel des volontés privées. Toute limitation de la liberté des conventions leur paraît une hérésie monstrueuse, une violation formelle des principes fondamentaux du droit. Profonde erreur. Qu'on critique certaines de ces restrictions pour des raisons d'opportunité, qu'on s'efforce d'établir qu'en fait la liberté assure plus efficacement le bien de chacun et de tous, rien de mieux. Mais ce n'est pas au nom de prétendus dogmes absolus qu'*à priori* on les peut en bloc repousser. En matière de contrats, il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice. La liberté n'est qu'un moyen en vue du juste ; elle ne repose que sur une présomption de justice. Lors donc que la réalité contredit la présomption, limiter la liberté au nom de la justice,

ce n'est pas s'insurger contre les principes juridiques suprêmes, c'est les appliquer.

« La justice est au-dessus de la liberté (1). »

SECTION III. — La liberté de la volonté comme but suprême du droit.

La doctrine individualiste de l'autonomie s'achève, nous l'avons vu, par une théorie du but du droit. Source initiale de l'ordre juridique, la volonté libre doit en être aussi, nous dit-on, la fin suprême. Le droit positif n'a pas d'autre mission que de garantir à chacun le maximum d'autonomie et d'indépendance qui soit compatible avec une liberté égale chez les autres. La société, en effet, c'est-à-dire la *coexistence* des hommes, n'est possible que si les libertés naturelles des individus, en elles-mêmes absolues et illimitées, reçoivent une limitation qui empêche les empiètements réciproques et prévienne un perpétuel état de guerre. Tracer ces nécessaires frontières, entourer les droits subjectifs d'un cordon de sûreté, et ainsi assurer à chaque individu une égale sphère d'indépendance où sa volonté sera toute-puissante : c'est là toute la tâche de la loi (2). Imaginez, suivant une comparaison qui sans doute a déjà été faite, imaginez des millions de petits îlots où règnent en monarques ab-

(1) Ihering, *Der Zweck im Recht*, I, tr. fr., p. 97.

(2) « Cela nous représente, dit Ihering, une série de sphères de liberté, délimitées comme les cages d'une ménagerie, entourées de barreaux pour que les bêtes féroces ne puissent s'entre-dévorer » (*Der Zweck im Recht*, tr. fr , p. 355). Et l'on est ainsi conduit à la conception libérale de l'Etat « veilleur de nuit », simple « producteur de sécurité », chargé uniquement d'empêcher les infractions, lesquelles, a-t-on dit, se bornent, ou peu s'en faut, aux « effractions ».

solus autant de Robinsons Crusoës : telle est la société idéale. L'îlot de chaque souverain représente la sphère de son droit subjectif ; les bras de mer qui séparent les îlots constituent le droit objectif.

Nous n'entreprendrons pas ici un examen méthodique et complet de cette conception. Car elle se relie si étroitement avec celles qui ont fait l'objet des deux sections précédentes, que nous l'avons déjà implicitement réfutée. Les mêmes arguments valent contre les trois affirmations fondamentales de l'individualisme rationaliste (1). Nous nous bornerons donc à quelques brèves remarques complémentaires.

Ce qu'il nous faut noter d'abord et surtout, c'est que la théorie individualiste du but du droit est formellement contredite par toutes les législations positives. Il y a, certes, dans l'arsenal législatif des divers peuples une foule de règles, dont la raison d'être est de protéger l'indépendance des individus, de rendre possible la coexistence des libertés en prévenant les empiètements de l'une sur l'autre. Ces règles sont surtout nombreuses dans le droit pénal. Mais, même dans cette branche du droit, beaucoup de dispositions ont manifestement un but tout autre, qui est d'imposer à tous un certain minimum de moralité sociale positive. Citons, par exemple, les lois sur l'adultère, les attentats aux mœurs, les exhibitions pornographiques ; celles relatives à l'alcoolisme, aux maisons de jeux, aux trusts (art. 419, C. pén.), ou encore à la falsification des denrées. Et dans les autres domaines du droit, que de textes légaux nous rencontrons, que la doctrine libérale est impuissante à expliquer ! A s'en tenir à cette doctrine, il faudrait rejeter hors du droit juste non seulement les lois d'assistance, de pré-

(1) Cf. *supra*, chap. V, Préambule.

voyance et d'organisation professionnelle, si vivement combattues par les individualistes, mais encore toutes celles qui touchent, de près ou de loin, aux travaux publics, aux beaux-arts, à l'enseignement, à l'hygiène publique. Il faudrait abandonner complètement le mariage au libre contrat individuel et supprimer les neuf dixièmes des lois relatives à la famille, car presque toutes se justifient non par l'idée de liberté individuelle, mais par la considération d'intérêts moraux ou sociaux qui dominent les volontés humaines. Pour la même raison, devraient être rayées de nos Codes les multiples restrictions dont le législateur a entouré le droit de disposer à titre gratuit soit entre vifs, soit par testament. Et il faudrait considérer comme entachées d'abus et d'incompétence la moitié au moins des prescriptions légales concernant la propriété privée, notamment celles qui ont trait à l'expropriation pour cause d'utilité publique (1), aux servitudes d'intérêt collectif et aux associations syndicales ; celles aussi qui réglementent le défrichement des forêts, le reboisement et le gazonnement des montagnes, le dessèchement des marais ; ainsi que la plupart des dispositions sur le régime des eaux et sur celui des mines, — pour ne citer que quelques exemples, parmi les moins contestables. Qu'on examine en effet ces diverses règles, auxquelles nombre d'autres pourraient être jointes (2), et bien vite on se rendra compte que l'idée de liberté est impuissante à les justifier intégralement ; que, si la propriété est, de nos jours, « le plus individualiste des droits individuels » (3), elle n'en constitue pas moins, dans une large

(1) Ou pour cause d'utilité privée. Ex. : art. 661, art. 682, etc.

(2) Voy. Ihering, *op. cit.*, p. 342 s. ; Hauriou, *Principes de droit public*, p. 38.

(3) Hauriou, *loc. cit.*

mesure, une fonction sociale, c'est-à-dire une institution organisée en vue de *l'intérêt général* bien plus que pour la sauvegarde de la *liberté de l'individu*.

D'un autre côté, n'est-ce pas se contenter d'une vue bien incomplète et bien superficielle de la réalité juridique, que de définir le droit objectif, dans ses rapports avec l'individu, comme une restriction de sa liberté originaire ? Cette définition est évidemment l'aboutissant logique des prémisses individualistes : quand on commence par poser en principe que l'individu jouit, de par la nature, d'une indépendance illimitée, et que son autonomie primordiale lui donne tous les droits et droit à tout, il est bien certain qu'on ne peut plus dès lors concevoir la règle de droit et l'obligation juridique que comme une limite imposée *après coup* à cette liberté initiale, comme une entrave à son essor naturel. D'où cette idée que le droit objectif et l'individu sont deux antagonistes, et que « toute loi, en soi, est un mal » (1), mal inévitable peut-être, mais qui n'en doit pas moins être réduit au strict minimum. Mais il s'en faut de beaucoup que cette façon d'envisager le droit nous en révèle la vraie nature (2). Autant vaudrait, pour un physiologiste, définir l'estomac par les seules souffrances qu'il nous cause. Evidemment, c'est bien quand notre estomac nous fait souffrir que nous sentons le plus vivement son existence ; nous n'en parlons guère que pour nous en plaindre. Est-ce une raison pour oublier ses fonctions positives et les conti-

(1) Ch. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1891, p. 148. — Cf. *supra*, ch. II, sect. II, *in fine*.

(2) Cf. l'habitude classique de définir l'obligation contractuelle comme une restriction à la liberté de l'individu, au lieu d'y voir un instrument de la coopération sociale, un moyen servant à la satisfaction réciproque d'intérêts légitimes. — Cf. Demogue, *Notions*, p. 301, et *supra*, ch. III, sect. II, § II.

nuels services qu'il nous rend? De même, si la loi nous gêne parfois, gardons-nous de méconnaître les bienfaits qu'elle nous procure toujours (1). Seuls ceux qui placent l'âge d'or dans le splendide isolement d'un chimérique « état de nature » peuvent être fondés à regarder le droit comme un adversaire. Il apparaît au contraire comme un ami et un allié à quiconque s'est quelque peu pénétré des véritables conditions de son développement historique et a compris l'étroite solidarité des intérêts de chacun et de tous. Bien loin de n'être qu'une restriction à l'exercice naturel de la liberté, un obstacle à l'épanouissement de la personnalité individuelle, le droit crée seul le milieu nécessaire qui conditionne cet exercice et détermine cet épanouissement (2). Alors même que la loi limite, contient, réfrène — et toute loi n'est pas dans ce cas (3) — c'est pour diriger, aider, stimuler: salutaire discipline qui, en réglant les activités individuelles, en décuple la fécondité et les pousse dans la voie du progrès. Non, le droit n'est pas « la cage où l'individu perd l'usage de ses ailes », mais, si l'on peut ainsi s'exprimer, « la compagnie de transport qui lui ouvre l'espace » (4). Il est « le coefficient qui multiplie les forces individuelles », l' « autorité » qui « augmente » (*auctoritas*, *auctum*, *augere*) notre puissance et notre liberté vraie (5).

(1) La comparaison nous est suggérée par Ihering, *op. cit.*, p. 369.

(2) Cf. *supra*, ch. V, sect. I, où nous avons montré que la prétendue liberté naturelle de l'individu isolé est une pure chimère.

(3) Nous avons montré au chapitre II qu'une foule de lois règlent des intérêts ou organisent des institutions juridiques, sans qu'on puisse dire d'elles, à proprement parler, qu'elles limitent des volontés et restreignent des libertés.

(4) Ch. Boucaud, *Les droits de l'État et les garanties civiques du droit naturel*, Paris, Bloud, 1908, p. 5.

(5) Ch. Boucaud, *op. cit.*, p. 4. — Les multiples lois relatives à la

Au lieu donc de ne définir le droit que par la gêne que souvent il nous cause et les entraves qu'il met à nos caprices, définissons-le plutôt par la direction positive qu'il imprime à la vie sociale et par les résultats heureux que seul il rend possible. Ne disons pas : « la loi est une restriction imposée à la liberté naturelle de l'individu » ; mais reprenons la vieille définition qui, jusqu'au XVIII[e] siècle, fut traditionnelle : *lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune* (1).

Enfin nous ne saurions aucunement admettre cette idée, si couramment enseignée par les juristes classiques (2), que rendre possible la *coexistence* des hommes constitue l'intégrale raison d'être de l'ordre juridique. A y regarder de près, la fameuse maxime de la coexistence est la négation de toute vie sociale et de toute solidarité véritable entre les individus humains. Elle suppose que la société n'est qu'une juxtaposition d'atomes, sans action ni réaction vitale des

prévoyance sociale ou au régime du travail fourniraient de ces affirmations générales des illustrations remarquables. Elles nous montreraient que bien souvent des avantages positifs, individuels ou sociaux, désirés en fait par tous, ne deviennent pratiquement *possibles* dans notre régime social actuel que lorsque la loi les rend *obligatoires*. Ainsi en est-il, par exemple, du repos hebdomadaire ou de la constitution de retraites ouvrières, ou encore de la solution de la crise de l'apprentissage. Il faut lire, sur ce point, J. Vialatoux, *Possibilité et obligation*, dans le *Social* du 26 novembre 1911. En pareil cas, le *devoir* est la condition du *pouvoir*. L'obligation n'est donc pas quelque chose de purement négatif, une restriction à la liberté, mais un facteur de bien positif et d'effective libération.

(1) Saint Thomas, *Somme théol.*, I[a] II[ae], Quaest. 90.

(2) V. par exemple la définition de la loi donnée par Roussel (*Encyclopédie du droit*, p. 3) et adoptée par Beudant (*Cours de droit civil. Introduction*, p. 18) : « La loi est la juste limite imposée à l'usage extérieur de la liberté humaine, à raison de la coexistence des hommes. » — Voy. d'ailleurs notre chap. I.

uns sur les autres, et dont chacun se suffit à lui-même, vit tout entier en soi, par soi, pour soi : tel Robinson dans son île. Nous avons déjà combattu cette conception dans la première partie du présent chapitre. Nous avons vu que les hommes ne sont pas des unités indépendantes, simplement juxtaposées, mais les membres solidaires d'un même tout organique. La compénétration de leurs intérêts est trop étroite, et l'interdépendance de leurs activités trop intime pour que leurs relations juridiques puissent consister jamais en de simples rapports de *coexistence* (1). Tout groupement humain, si rudimentaire qu'on le suppose, implique en outre entre ses membres des rapports de *coopération*, une union d'efforts dans la poursuite des mêmes buts et dans la réalisation d'œuvres communes. Les Robinsons dont nous parlions tout à l'heure ne seraient pas en état de *société*. Il n'y a société que dans la mesure où, à côté du « chacun pour soi », se réalise le « chacun pour tous » (2).

Par suite, la tâche du droit n'est pas seulement de délimiter, de séparer, d'assurer l'indépendance de chacun, mais, tout en sauvegardant la nécessaire mais relative liberté dont les individus ont besoin pour remplir leur mission ici-bas, de *faire converger* leurs activités vers les fins com-

(1) Cf. Ihering, *loc. cit.* ; Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, p. 66 ; Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 1900, p. 65 s.

(2) Aussi Belime dit-il que la conception toute négative que nous critiquons s'applique à « l'état de nature », c'est-à-dire « hors de l'état de société » (*Phil. du droit*, I, 1844, p. 200 et p. 208). — Ce que nous disons des individus groupés en sociétés, nous pourrions le dire aussi des nations quant à leurs relations juridiques (droit international). La « communauté internationale » n'est pas la simple juxtaposition, la simple *coexistence* de nations isolées ; elle implique une solidarité internationale, une *coopération* positive de toutes les nations à l'ordre universel et au progrès général de l'humanité.

munes et d'*organiser* de telle sorte le jeu des solidarités sociales qu'il soit pour tous au maximum source de bien, au minimum source de mal. C'est cette fonction essentiellement positive de l'ordre juridique que la doctrine individualiste méconnaît. C'est, comme nous l'avons déjà dit, la doctrine d'une époque révolutionnaire ou de « crise » (1), qui n'a su qu'émanciper et détruire, qui a supprimé toutes les disciplines corporatives et toutes les institutions par quoi s'exprimaient les solidarités naturelles, et qui a borné son ambition à cette œuvre toute négative. Assurément, rien n'est plus facile que de détruire et d'émanciper ; la tâche du droit est aisée quand il n'a qu'à laisser les individus s'agiter à leur guise et à assister impassible et indifférent au choc de leurs intérêts. Mais, encore une fois, il faut aussi construire et organiser. Et l'expérience a montré qu'il ne suffit pas de proclamer la liberté individuelle, d'abolir des disciplines et de « laisser faire », pour que spontanément s'accomplisse cette œuvre positive de construction et d'organisation (2). C'est donc la tâche de la loi d'y travailler : tâche difficile certes, sujette à bien des tâtonnements — nous le constatons tous les jours —, mais qui — nous ne le constatons pas moins — s'impose impérieusement (3).

(1) Cf. dans la doctrine d'Aug. Comte la célèbre distinction des périodes *organiques* et des périodes *critiques*.

(2) Cf. Fr. Hitze, *Capital et travail*, tr. fr., *passim*, notamment p. 359, 406, 419. — Sur cette idée que la doctrine individualiste ne peut arriver à fonder que des obligations *négatives* à la charge de l'Etat, v. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 272 s.

(3) De cette nécessité d'une législation constructive, un homme d'Etat anglais a eu naguère nettement la vision. « Je fais souvent ressortir à des amis plus jeunes, disait un jour Gladstone, que nous, les vieux, avons traversé durant ces cinquante dernières années une époque relativement facile, beaucoup plus facile que celles qu'ils auront à parcourir. Je me réjouis parfois à la pensée que ce ne sera pas à moi

The Center for Research Libraries scans to provide digital delivery of its holdings. In some cases problems with the quality of the original document or microfilm reproduction may result in a lower quality scan, but it will be legible. In some cases pages may be damaged or missing. Files include OCR (machine searchable text) when the quality of the scan and the language or format of the text allows.

If preferred, you may request a loan by contacting Center for Research Libraries through your Interlibrary Loan Office.

Rights and usage

Materials digitized by the Center for Research Libraries are intended for the personal educational and research use of students, scholars, and other researchers of the CRL member community. Copyrighted images and texts are not to be reproduced, displayed, distributed, broadcast, or downloaded for other purposes without the expressed, written permission of the copyright owner.

© Center for Research Libraries
Scan Date: June 30, 2010
Identifier: d-g-000142-f5

Concluons donc que « la liberté de la volonté » n'est pas plus la fin suprême de l'ordre juridique qu'elle n'en est l'unique principe.

Si l'on voulait exprimer par un vocable unique la fonction totale du droit, on n'en trouverait pas, croyons-nous, de plus adéquat que celui de *bien commun* (1), sur le sens duquel nous nous sommes déjà expliqué (2).

Evidemment, il se peut que très souvent le bien commun coïncide avec la liberté, ou plutôt que les libres volontés individuelles en constituent le meilleur instrument. La question de la liberté des conventions nous en a fourni un important exemple. Mais rien ne nous autorise à affirmer *in abstracto* et antérieurement à tout examen de la vie sociale concrète, qu'il en est toujours nécessairement ainsi. Ceux qui identifient *a priori* bien commun et liberté, comme aussi — et à plus forte raison — ceux qui érigent dès le principe la liberté comme fin en soi et but unique,

qu'incombera la tâche de résoudre les problèmes dont la solution va s'imposer. L'explication en réside dans ce fait que toutes les questions à notre ordre du jour pouvaient se résoudre au moyen d'un principe très simple. En effet, après un moment de réflexion, vous constaterez qu'à quelques exceptions, telles que les *Factory Acts*, le grand travail de la dernière moitié de ce siècle a été un travail d'émancipation. Nous avons émancipé et encore émancipé, mais c'est tout. Il est relativement facile d'émanciper. De fait, enlever les barrières, permettre aux forces naturelles d'avoir libre jeu est chose facile. A présent que cette besogne est presque complètement achevée et que nous avons à envisager l'autre problème, celui de la législation constructive (*constructive legislation*), nous rencontrerons beaucoup de difficultés. » *Review of Reviews*, avril 1892, p. 356-357 (cité dans E. Stocquart, *La liberté politique et la liberté industrielle*, *Rev. du dr. publ.*, 1899, I, p. 436.

(1) Cf. Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 1900, p. 163.

(2) *Supra*, sect. II, § II, 4, p. 379, n. 2.

s'ôtent tout moyen d'expliquer les transformations historiques du droit. Car, sur le concept classique de liberté, concept purement formel et vide de tout contenu expérimental, on ne peut édifier qu'un système rigide et abstrait, sorte de géométrie juridique qui, ne laissant place à aucune considération de temps et de lieu, est incapable de s'adapter à aucune société concrète déterminée : tels les systèmes de Rousseau, de Kant et de leurs disciples. L'école historique n'a pas eu de peine à en démontrer l'inanité. La notion de bien commun, au contraire, est une notion riche et souple, qui, tout en se référant à certains principes absolus, supérieurs à l'expérience, ne peut être pleinement déterminée quant à son contenu qu'après une étude très positive de la réalité sociale à chaque moment de son évolution. Aussi la philosophie juridique qui la prend pour idée directrice de ses investigations a-t-elle le double mérite, d'une part, d'éviter les justes critiques qu'encourt le pur positivisme de l'école historique (1), et, d'un autre côté, de rester en perpétuel contact avec le droit vivant (2).

(1) Sur ce point, voy. notamment Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896 ; Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, *Rev. trim.*, 1902 ; Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910 ; et les autres auteurs cités dans notre conclusion, *in fine*.

(2) Remarquons que lorsque l'école historique critique la « doctrine du droit naturel », c'est uniquement l'individualisme rationaliste de Rousseau et surtout de Kant et de ses disciples qu'elle a en vue. Or il existe une autre doctrine du droit naturel, bien moins dédaigneuse de l'expérience, qui a trouvé sa principale expression chez saint Thomas et Suarez, et dont, jusqu'au début du XVIII^e^ siècle, philosophes, théologiens et juristes se sont largement inspirés. A l'origine du droit, elle ne place pas la « liberté naturelle », mais « l'ordre naturel » (c'est-à-dire le droit objectif) ; et elle donne pour fin au droit le *bien commun* et non pas la *liberté*. Nous ne croyons pas que les affirmations essentielles de cette doctrine aient été atteintes par les critiques

de l'école historique. Nous en avons une preuve dans les très vifs éloges qu'un des plus redoutables adversaires de la doctrine individualiste du droit naturel, R. von Ihering, a faits de la philosophie morale et sociale de saint Thomas : « Maintenant, dit-il, que je connais ce vigoureux esprit, je me demande avec étonnement comment il est possible que des vérités comme celles qu'il a professées, aient jamais pu tomber chez nos savants protestants dans un aussi complet oubli. Que d'erreurs on eût évitées si on avait fidèlement gardé ces doctrines Pour ma part, si je les avais connues plus tôt, je crois que je n'aurais pas écrit mon livre, parce que les idées fondamentales que je tenais à publier se trouvent déjà exprimées avec une clarté parfaite et une remarquable fécondité de conception chez ce puissant penseur... » (Ihering, *Der Zweck im Recht*, II, note insérée dans la deuxième édition, p. 161, n. 2. N'ayant pas eu entre les mains cette seconde édition, nous citons d'après Cal Mercier, *Origines de la psychologie contemporaine*, 2e éd., Alcan, 1908, p. 450). — Comp. au sujet des idées que nous exprimons au texte et au début de la présente note, S. Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Paris, Alcan, 1911.

CHAPITRE VI

CONFIRMATION PAR L'HISTOIRE DE LA PRÉCÉDENTE CRITIQUE.

Il nous reste, pour compléter notre tâche de critique, à dissiper une objection d'ordre historique qui se peut formuler ainsi : Il y a dans l'histoire « un dessein qui se fait » (1), un idéal qui se réalise. Or cet idéal, c'est celui-là même qu'assigne au droit la doctrine de l'autonomie : c'est l'affranchissement progressif de la volonté individuelle et sa reconnaissance de plus en plus générale comme premier fondement et mesure unique des obligations et des droits. Dans les législations primitives, la volonté de l'individu n'a presque aucune place : les rapports d'ordre contractuel sont rares, et le contrat lui-même est moins une question de volonté qu'une question de formes, de rites religieux ou de cérémonies sociales. Mais plus les sociétés s'avancent dans la voie de la civilisation, plus l'importance du contrat et la puissance de la volonté s'affirment grandissantes. C'est au point que le développement continu de l'autonomie juridique individuelle apparaît à l'historien comme un des faits les plus généraux et les plus permanents des annales humaines. Le temps vient où, après avoir rempli « les neuf dixièmes de nos Codes », l'idée de contrat « y figurera depuis le premier article jusqu'au dernier (2) », et où, l'action

(1) Cf. Fouillée, *Science sociale contemporaine*, 2e éd., 1885, p. 386.

(2) A. Fouillée, *op. cit.*, p. 394. « Historiquement, il est incontestable que le régime contractuel tend à dominer de plus en plus dans les

coactive ou tutélaire de la société diminuant sans cesse, la loi se réduira à « une simple garantie générale de l'exécution des contrats » (1). Ce sera la réalisation intégrale du principe d'autonomie.

Ainsi pensent d'excellents esprits (2). Cette façon d'entendre l'évolution juridique est classique parmi les individualistes. Rigoureusement juste, elle constituerait en faveur de leur système un argument redoutable. Mais nous la croyons incomplète et partiellement erronée. Nous établirons, en effet : 1° que cette philosophie de l'histoire repose sur une interprétation inexacte des développements du droit contractuel à travers les âges ; 2° qu'elle méconnaît profondément les vrais caractères des transformations juridiques contemporaines. Nous montrerons, en d'autres termes, que ni dans le passé, ni de nos jours, l'idée d'autonomie n'a été vraiment l'idée directrice de l'évolution du droit.

sociétés modernes : le droit attache une importance croissante à l'idée de contrat, qui finit par remplir les neuf dixièmes de nos Codes et qui un jour y figurera depuis le premier article jusqu'au dernier. » — Cf. p. VIII, et p. 47 s.

(1) Sumner Maine, *L'ancien droit* (cité par Fouillée, *op. cit.*, p. 54). — Comp. Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, trad. Cazelles, 2e éd., t. III, p. 803 s.

(2) Notamment Spencer, Sumner Maine, M. Fouillée (v. les notes précédentes). Voy. encore Worms, *De la volonté unilatérale comme source d'obligations*, Paris, 1891, p. 199 ; L. Bourgeois, *Solidarité*, 3e éd., 1902, p. 131 s. — On sait que nos auteurs classiques enseignent couramment qu'une des caractéristiques du droit moderne consiste dans une extension progressive de la liberté des conventions et dans une diminution corrélative des lois impératives ou prohibitives. — V. par ex. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2e éd., t. I, n° 82.

SECTION I. — Le principe d'autonomie et le développement historique du droit contractuel.

C'est un fait qu'au cours des siècles le contrat s'est multiplié, diversifié, assoupli, et que dans le contrat l'importance de la volonté s'est accrue. Nier ce fait serait puéril. Mais il s'agit de savoir si l'interprétation qu'on nous en a donnée s'impose. Nous ne le croyons aucunement. A examiner de près, en effet, les incessantes transformations de la législation contractuelle, bien vite on se rend compte que leur mobile vrai a été beaucoup moins l'idée de la volonté et de sa souveraineté juridique que celles du bien commun et de la justice objective, telles qu'à chaque époque les ont conçues les hommes sous l'influence des besoins collectifs et des croyances morales. Il n'est pas une des modifications successives du droit des contrats, pas une des variétés nouvelles d'actes juridiques, dont l'unique raison d'être ait été de procurer au vouloir individuel la jouissance de commander et de se voir obéi. Toutes sont nées pour satisfaire des besoins nouveaux ou plus vivement sentis, pour faire face à de nouvelles exigences du commerce économique ou pour assurer dans les relations humaines le respect de la loyauté et de la justice postulé par la bonne marche de la vie commune. En un mot, l'évolution du contrat n'a pas été le déroulement logique du « dogme de la volonté », mais un perpétuel effort pour organiser parmi les hommes, à chaque moment du développement social, le système d'instruments juridiques le mieux adapté à leurs besoins économiques et à leurs sentiments moraux.

Cette conception rendrait seule, croyons-nous, pleinement compte des multiples vicissitudes de l'histoire du

contrat, de ses anomalies apparentes, des cas très fréquents de régression. Seule elle permettrait de comprendre pourquoi, par exemple, le droit n'a jamais traité d'égale façon les contrats à titre onéreux et les promesses gratuites, que pourtant rien ne distingue en tant que manifestations de volonté (1) ; pourquoi pendant de longs siècles il a accordé à quelques contrats consensuels (vente, louage, société, mandat) la protection que jalousement il refusait aux autres (*ne ex pacto actio nascatur*) ; pourquoi à diverses époques il a tenu pour valables des conventions (Ex. : stipulations d'intérêts, pactes commissoires) que, dans la suite, moins libéral, il devait prohiber ; etc... Pour qui ne considère que la volonté elle-même, abstraction faite du milieu social et des fins légitimes qu'elle y poursuit, ce sont là des bizarreries déconcertantes et d'insolubles contradictions (2).

La doctrine d'autonomie se heurte d'autre part à ces deux grands faits, qui, pour n'être pas à l'abri de toute controverse, nous paraissent pourtant s'imposer de plus en plus aux historiens du droit, savoir : 1° « Les contrats réels ont partout précédé les contrats consensuels (3). » Les premières obligations conventionnelles sont nées *re* (4). 2° Les autres

(1) Cf. Ihering, *Zweck im Recht*, trad. fr., p. 186 s., et p. 313, et *supra*, ch. V, sect. II, p. 358 en note.

(2) Cf. Ihering, *op. cit.*, p. 178 s.

(3) R. Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, 1889, p. 7.

(4) V. Ihering, p. 182. — Cf. Hauriou, *Principes de droit public*, p. 202. Il va sans dire que nous employons l'expression de contrat réel dans un sens très large. Le mot *res* ne se réfère pas exclusivement à un transfert de propriété, comme dans le *mutuum* ; il sert à désigner soit une *prestation* quelconque (au besoin, un « simple fait ») volontairement effectuée par l'une des parties, soit un *dommage* préalablement subi par elle du fait de l'autre. Peut-être est-ce même sous ce second aspect que la *res* a fonctionné dans les premiers contrats réels. Ainsi s'expliquerait l'étroite parenté des obligations contrac-

formes de contrats sont issues du développement des contrats réels (1). Les contrats consensuels notamment « ne sont que des contrats réels perfectionnés » (2).

Or, dans les contrats réels, le fondement vrai de l'obligation n'est pas, nous l'avons établi (3), la volonté, mais la *res* elle-même, c'est-à-dire la prestation effectuée, le service rendu, le préjudice souffert. Si le droit a sanctionné ces contrats, ce n'est pas au nom de l'efficacité souveraine du vouloir individuel, mais au nom d'un principe indépendant de toute idée de volonté et de convention, au nom de ce principe supérieur d'équité, sur lequel repose toute l'œuvre de la coopération sociale, et dont le champ d'application s'étend bien au-delà des limites du domaine contractuel : nul ne doit s'enrichir sans motif légitime au détriment d'autrui, ni causer injustement à autrui un dommage ; *cuique suum* (4).

En sorte que le développement historique du droit contractuel nous apparaît comme entièrement dominé par la

tuelles et des obligations délictuelles. « Les obligations contractuelles, dit M. Huvelin, dérivent des obligations délictuelles. Le premier contrat a été celui par lequel l'auteur d'un délit s'engageait à payer la ποινή. » Daremberg et Saglio, t. VII, p. 134, col. 2 (il s'agit du droit grec ; cf. pour le droit romain, Huvelin, *ibid.*, p. 137, col. 1). — Voy. aussi Huvelin, *Droit individuel et magie*, *Année sociologique*, t. X, p. 26 ; Brissaud, *Manuel*, p. 1380. — Si cette opinion est exacte, on peut bien dire, comme nous l'avons déjà fait, que le contrat n'est qu'une sorte de *composition* consentie par chacun des obligés et ayant pour objet la réparation d'un *dommage*, actuel (contrats réels unilatéraux) ou futur (contrats synallagmatiques).

(1) V. Ihering, *loc. cit.*

(2) Huvelin, *loc. cit.*, p. 138, col. 1.

(3) *Supra*, ch. IV, sect. I. — Cf. ch. V, sect II, § II, 3.

(4) Cf. sur la conception antique de la justice et sur l'origine de l'idée d'obligation conventionnelle, P. Huvelin, *Les tablettes magiques et le droit romain*, 1901, p. 6 s.

loi du juste objectif. On pourrait même dire qu'il se résume essentiellement, d'une part, dans une multiplication constante des situations de droit où cette loi entre en jeu, et, d'autre part, dans un assouplissement progressif de l'instrument juridique servant à les faire naître.

A l'appui de cette thèse, nous pourrions invoquer non seulement les données si instructives de l'étymologie (1), ou encore ce fait universellement constaté que, chez les peuples primitifs, contrats et délits se distinguent à peine et sont, les uns et les autres, absorbés dans l'idée de dommage injuste (2), mais en outre l'histoire des trois grands groupes de contrats classiques : contrats réels *stricto sensu*, contrats consensuels, contrats formels. Nous verrions en effet que les premiers ont été sanctionnés d'abord sur le terrain des *condictiones*, en vertu d'une idée d'enrichissement sans cause et abstraction faite de toute considération d'ordre contractuel (3) ; que les seconds ont toujours conservé, soit à Rome, soit ailleurs, des traces nombreuses de leur caractère réel originaire (4) ; qu'enfin, dans les contrats formels est

(1) V. le passage déjà cité (*supra*, chap. V, sect. II, p. 364) d'Ihering (*Zweck im Recht*, I, tr. fr., p. 183). — Cf. *Esprit du droit romain*, III, p. 128.

(2) Cf. *supra*, p. 402, note 4. — V. Brissaud, p. 1358 ; Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 43 : « La Mischna, après avoir traité du mariage, fait entrer sous la rubrique *Des dommages* tout le reste du droit civil. Cette idée est, en général, celle des anciens législateurs. »

(3) Girard, *Nouv. Rev. Hist.*, 1895, p. 413 s. ; *Manuel*, 4e éd., p. 506 et p. 612-613. — Cf. pour l'ancien droit germanique, Brissaud, p. 1380 s.

(4) Quelques preuves : A) Droit romain (V. Huvelin, dans *Daremberg et Saglio*, V° *Obligatio*, p. 138, col. 1, et, pour la vente spécialement, Pernice, *Labeo*, t. I, Halle, 1873, p. 456 s. ; *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Rom. Abth , 1888, p. 222, n. 4) : 1° Grâce au système de l'exception *non adimpleti contractus*, une partie ne peut contraindre l'autre à exécuter son obligation que si elle prouve qu'elle a elle-

impliqué, historiquement et juridiquement, un élément réel : la forme ne crée pas à elle seule l'obligation ; elle la

même accompli sa prestation ou si elle offre de l'accomplir (Girard, 4e éd., p. 532, n. 4 ; Saleilles, *L'obligation*, 2e éd., p. 183 s.). 2° La première sanction des contrats consensuels a sans doute consisté dans une *condictio* fondée sur l'enrichissement sans cause (Huvelin et Pernice, *loc. cit.*). 3° Le *contrarius consensus* n'éteint plus les obligations conventionnelles lorsque l'une d'elles a été exécutée (Girard, p. 714). 4° Pour le mandat en particulier, V. Huvelin, *loc. cit.*, p. 138, col. 2, n. 6. — B) Dans les autres législations, principalement dans les législations germaniques et dans notre très ancien droit, les traces de l'origine réelle sont bien plus évidentes. D'une manière générale, pour que le simple échange de volontés soit générateur d'obligation, il faut qu'il s'y ajoute quelque élément réel. Les parties ne sont irrévocablement liées que s'il y a eu tradition (effective ou symbolique) ou bien paiement (total ou partiel). V. Esmein, *Les contrats dans le très ancien droit français*, 1883, p. 9 s., 21 s. ; H. Beaune, *Droit coutumier français*, *Les contrats*, 1889, p. 32 s., 144 s. ; Brissaud, p. 1396 s., et les nombreux textes cités par ces auteurs. Remarquons d'ailleurs : 1° Que le système des *arrhes*, si développé dans notre ancien droit, est vraisemblablement une survivance du caractère réel originaire de la vente. Il faut y voir, d'après Brissaud (p. 1399) « un procédé servant de transition entre le contrat réel et le contrat formel » (Cf. Huvelin, *op. cit.*, p. 134, col. 2). 2° Que le *denier à Dieu* « équivalait dans l'opinion des anciens à une exécution partielle » (Esmein, p. 24). 3° Que la *paumée* s'explique peut-être aussi par l'idée d'une exécution partielle, mais purement symbolique (Esmein, p. 26. Cf. Tarde, *Transformations du droit*, p. 115). — Rappelons, d'autre part, la parenté très étroite que les textes anciens permettent d'établir entre la *res* des contrats réels et la *causa* des contrats consensuels. V. sur ce point Esmein, p. 74 s. ; Brissaud, p. 1419 s. ; H. Brocher, *La Genèse du contrat*, *Rev. gén. du droit*, 1897, p. 517 s., notamment p. 527. A méditer ce passage de la *Summa de legibus Normanniae* (Pars II, cap. XXVI) : « Pactum enim et rei perceptio debitores constituunt eorum receptione et obligant. Ex promisso enim nemo debitor constituitur nisi causa legitima praecesserit promittendi. » — Pour le droit anglais postérieur, V. Esmein, p. 23, et Brissaud, p. 1410. — Notons également l'extension considérable prise dans les législations germaniques, notamment en droit prussien, par le système de l'*exceptio non adimpleti contractus*, qui implique que l'obligation naît non

déclare, la précise et la consolide ; l'obligation est l'effet d'un délit antérieur ou d'une prestation concomitante (1).

pas *solo consensu* mais *re*. — V. Saleilles, *Obligation*, 2e éd., p. 189. — Cf. anc. C. féd. des obl. (1881), art. 95 ; nouv. C. féd. des obl. (1911), art. 82. — Enfin, sur l'importance de la *res* dans l'ancien droit égyptien, où la vente était un contrat réel, V. Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 7.

(1) Henri Brocher, *Le contrat formel*, dans *Rev. gén. du droit*, 1901, p. 33, 37, 41 ; *La genèse du contrat*, même Revue, 1897, p. 517 s. ; Ihering, *Zweck im Recht*, I, tr. fr., p. 184-185. C'est de toute évidence pour le *nexum*, qui n'est qu'un prêt sous forme très solennelle. Ce n'est pas moins certain pour le *contrat litteris*, où l'obligation dépend d'un *expensum* et d'un *acceptum*. C'est vrai aussi, si nous en croyons de hautes autorités, pour la *stipulation*, qui juridiquement n'est qu'un aveu, une reconnaissance de dette, ou mieux une consolidation à caractère transactionnel (Cf. Saleilles, p. 291) et agissant à la façon d'un constitut (Cf. *Inst.* 3.16 : stipulum apud veteres *firmum* appellabatur), ou, si l'on préfère, « une quittance de valeur reçue, avec promesse d'une prestation personnelle ultérieure » (Ihering, p. 185), et qui, par conséquent, implique une cause antérieure d'obligation, une *res*. « Au point de vue juridique la prestation exécutée en formait la base » (Ihering, *loc. cit.*). — Cf. Brocher, *loc. cit.* — Sans doute, la stipulation est devenue de bonne heure, comme plus tard la lettre de change, un contrat abstrait, dégagé de sa cause, et le cas a pu se présenter où le promettant était obligé sans cause. Mais la conscience juridique des Romains n'a jamais pris son parti de cet état de choses et elle s'est efforcée, grâce au système de la *condictio sine causa* et de la *querela non numeratae pecuniae*, de ramener la stipulation à ses origines en y réintégrant l'idée de cause. — En ce qui concerne les législations d'origine germanique, la conception exposée au texte nous paraît s'imposer avec beaucoup plus d'évidence, car, ainsi que l'a montré M. Brocher (*La genèse du contrat*, p. 517 s.), ces législations sont toutes très imprégnées de cette idée que ce n'est pas la *forme* qui lie, mais la *legitima causa promittendi*, la contreprestation, la *res*. — Au surplus, il importe de noter que si, à Rome et dans le droit germanique, les premiers contrats paraissent avoir été à la fois formalistes et réels, il n'en est pas de même dans certaines législations plus anciennes, telles que les législations égyptiennes et chaldéennes. Ici le formalisme n'a presque aucune place et les premiers contrats ont dû ressembler au contrat réel innomé des Romains. V.

Et à supposer que l'origine de ces divers types de contrats n'émerge que trop faiblement de la nuit des temps préhistoriques pour fournir des arguments décisifs, nous trouverions du moins une confirmation très solide de notre thèse dans l'étude des formations juridiques moins anciennes, dont l'histoire nous a conservé plus fidèlement la genèse. Deux groupes surtout, — les principaux, — parmi ces *negotia nova*, doivent être ici mentionnés : 1° Les « contrats innomés ». 2° Les diverses conventions dont la consécraton juridique se rattache au système prétorien des actions *in factum*.

Les premières de ces opérations (1), on le sait, furent d'abord considérées par le droit d'un point de vue extra-contractuel. En vertu du principe de l'enrichissement injuste, la partie qui avait accompli sa prestation pouvait, par une *condictio* (la *condictio ob rem dati* ou *causa data causa non secuta* des interprètes), reprendre le bien dont elle s'était dépouillée ; mais elle était sans droit pour contraindre l'autre partie à s'exécuter. Or, si un jour l'action en exécution lui fut accordée (*actio praescriptis verbis*), est-ce au nom de la force obligatoire de la volonté ? S'est-on dit : « Une volonté individuelle s'est manifestée ; donc elle doit être sanctionnée parce que c'est une volonté individuelle ? » Non certes. La preuve, c'est qu'on a maintenu la nécessité de la *res*, c'est-à-dire d'une prestation préalable, et qu'on a

sur ce point, Hauriou, *op. cit.*, p. 201. — Enfin, on pourrait, en faveur du système que nous soutenons, tirer des arguments intéressants de P. Huvelin, *Les tablettes magiques et le droit romain*, 1901, p. 13 s.

(1) Rappelons que le contrat innomé est constitué par un double élément. Il suppose : 1° qu'une convention synallagmatique quelconque a eu lieu, qui ne rentre pas parmi les contrats légalement reconnus ; 2° que l'une des parties a exécuté sa prestation.

persisté à dire : *ex pacto nudo actio non nascitur*. L'*actio praescriptis verbis* fut accordée en vertu du même principe, mais plus largement entendu, qui avait fait d'abord donner la *condictio ob rem dati*. On ne tarda pas en effet à constater que la *condictio*, dont au reste l'exercice se heurtait souvent à des impossibilités pratiques (1), ne suffisait pas à sauvegarder dans tous les cas les exigences de l'équité et les intérêts bien entendus de la vie sociale ; on comprit que toute injustice serait plus aisément évitée, si la partie ayant accompli sa prestation pouvait exiger, au lieu de la restitution de sa chose, l'*équivalent* fixé par la convention (2). C'est pourquoi le choix lui fut donné entre l'ancienne *condictio* et l'*actio praescriptis verbis* (3). Au surplus, la réforme ne s'accomplit pas en un jour, par la voie d'une disposition générale et abstraite, mais progressivement et de façon tout empirique, au fur et à mesure que les circonstances fournissaient au sentiment plus vif de l'équité de nouvelles occasions de s'appliquer.

La théorie des actions *in factum*, qui a joué à Rome un si grand rôle dans le développement du système des contrats, appelle les mêmes observations (4). D'après ce qu'enseignent les romanistes (5), le mandat, le constitut, le receptum, comme aussi la fiducie, le commodat, le dépôt, le gage, ont été sanctionnés d'abord par des actions *in fac-*

(1) Notamment dans toutes les hypothèses du genre *facio ut des* ou *facio ut facias*. On ne restitue pas un *fait*.

(2) Cf. Plesnila, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, thèse, Paris, 1910, p. 42.

(3) Girard, *Manuel*, 4e éd , p. 588.

(4) Au reste il est probable qu'antérieurement à la bizarre action *præscriptis verbis*, certains des « contrats innomés » furent d'abord protégés à l'aide d'actions prétoriennes *in factum*. V. Girard, p. 587.

(5) V. par exemple Girard, p. 429, 522, 526, 580, 622.

tum. Qu'est-ce à dire ? C'est à dire que le principe d'autonomie est étranger à leur consécration juridique et que c'est à des considérations extra-contractuelles qu'est due leur entrée dans le droit. En présence d'une espèce nouvelle, le prêteur ne disait pas : « Ceci est un contrat ; donc la sanction juridique s'impose. » Mais : « Voilà une situation où, si je n'y mets bon ordre, une partie digne d'intérêt risque de subir un préjudice injuste, d'être victime d'un acte malhonnête, voire d'un véritable délit. L'équité exige donc que j'intervienne ». Et alors, au nom de l'équité, le prêteur intervenait (1) ; il donnait une *actio in factum*. Mais, tandis que certaines des situations ainsi protégées ne sortirent jamais de ce domaine extra-contractuel et restèrent jusqu'au bout des quasi-délits ou des quasi-contrats, d'autres, au contraire, parce qu'elles avaient leur point de départ dans un échange de consentements, et parce que leur développement croissant attestait leur correspondance à des *desiderata* bien définis du commerce économique, finirent par constituer, aux yeux des juristes, des types nouveaux de négoces juridiques, auxquels on donna un nom et dont on s'efforça de construire la théorie.

C'est ainsi que la liste des contrats s'est sans cesse enrichie d'unités nouvelles. Et, remarquons-le bien, ce procédé de l'évolution juridique n'est pas spécial au droit romain. On le rencontre, sous une forme ou sous une autre, dans la plupart des législations. De nos jours encore, n'est-ce pas à la faveur d'un système analogue à celui des actions *in*

(1) Comp., à certains égards, quelques réflexions de Schlossmann, *Der Vertrag*, p. 36, n. 1. — Leibniz, jurisconsulte à ses heures, avait déjà remarqué que la plupart des actions *in factum* « dépendent de cette maxime, *ne quis alterius damno fiat locupletior* » (*Nouv. essais sur l'entendement*, liv. IV, ch. VII).

factum que notre droit s'achemine vers la reconnaissance de certaines promesses unilatérales ? Les juristes ont beau proclamer que le contrat seul oblige et qu'une promesse non acceptée n'engendre aucun lien de droit ; ce prétendu principe absolu reçoit peu à peu les mêmes atteintes que jadis la règle romaine : *ex pacto nudo actio non nascitur*. Mais, pas plus qu'à Rome, ce n'est au nom du Willensdogma que s'accomplit l'évolution (1). Dans quelques cas particuliers, tout en persistant à protester de l'inefficacité juridique de la simple promesse unilatérale, juristes et juges ont dû déclarer qu'à raison des circonstances la révocation inattendue d'une offre (2) avait causé à son destinataire un dommage illégitime (3). Au nom de l'équité (4), ils ont donné, en pareille occurrence, une action en indemnité, ou mieux, ils ont tenu la rétractation pour non avenue, ce qui constituait assurément la meilleure conciliation pratique des intérêts en jeu (5). C'était l'*actio in factum* du préteur

(1) A Rome même, il y eut quelques exemples d'engagements par volonté unilatérale (*votum*, *polliciatio*). Mais ils « n'eurent pas pour but d'assurer la pleine souveraineté de la volonté, mais pour motif une pensée d'intérêt général. » Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, p. 256. Cf. Ihering, *op. cit.*, I, p. 194 et 313.

(2) Ou bien sa caducité survenue par suite de la mort ou de l'incapacité de l'offrant.

(3) C'est bien en effet sur l'idée de *dommage* que se fonde en pareil cas notre jurisprudence. Voy. Meynial, *Déclaration de volonté*, *Rev. trim.*, 1902, p. 564.

(4) V. par exemple Pothier, *Vente*, n° 32 « ... cette règle d'équité : *nemo ex alterius facto praegravari debet*. »

(5) Car l'application de la célèbre distinction allemande entre « l'intérêt négatif » et « l'intérêt positif » se révèle en fait pleine de difficultés et de périls. — V. Paul Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, th. 1911, p. 250 s. (bibliographie abondante) ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, p. 37. — Cf. Meynial, *loc. cit.* « Comment ne pas admettre que la réparation adéquate au dommage consiste justement à maintenir l'offre malgré son retrait ? »

romain. Mais ces cas, d'abord exceptionnels, se sont multipliés ; et, dans la vie économique contemporaine (1), le régime des offres unilatérales a pris un tel développement, les hommes ont tellement besoin, pour la sécurité de leurs transactions, d'avoir confiance dans ces offres, de compter sur leur validité normale, qu'on peut ériger en règle générale qu'il y a dans toute révocation s'opérant avant les délais d'usage, un trouble illégitime apporté à la bonne marche des relations humaines, une *présomption* de *dommage injuste*. Grâce à cette présomption, l'ancienne *actio in factum*, qui n'était d'abord donnée que *cognita causa* et à raison des circonstances, peut donc être généralisée et accordée « de plein droit » à tout destinataire d'une offre sérieuse (2). Ainsi disposent le Code civil allemand et quelques autres législations récentes. Nul doute que notre droit ne franchisse bientôt, lui aussi, cette nouvelle étape de l'évolution juridique.

Or, que diront les juristes français le jour où la loi proclamera ainsi qu'une présomption de dommage illégitime s'attache à tout retrait intempestif d'une offre ? Ils diront que le législateur vient de consacrer la volonté unilatérale comme source d'obligations. Ce ne sera certes pas inexact. Mais le principe de la puissance créatrice du vouloir individuel n'aura été pour rien dans cette consécration.

Il n'a été pareillement pour rien dans l'abandon définitif de la règle romaine : *ex pacto nudo actio non nascitur*. Cet abandon se fit, on le sait (3), progressivement et presque

(1) Cf. Tarde, *Transformations du droit*, p. 120.

(2) Sauf, bien entendu, des distinctions et des réserves, qu'il est inutile de signaler ici. — Cf. Saleilles, *Responsabilité précontractuelle*, *Rev. trim.*, 1907, p. 743 s.

(3) V. Esmein, *Les contrats dans le très ancien droit français*, p. 33 s. ;

insensiblement (1) entre le XIII[e] et le XV[e] siècle. Or vainement on chercherait chez les juristes de cette époque l'idée que la volonté est, par elle-même, source de droit, et que toute manifestation contractuelle de volonté doit être sanctionnée parce que manifestation de volonté. Ce qu'on veut alors protéger dans le *pactum nudum*, ce n'est pas la volonté de celui qui a promis, mais la confiance légitime créée par sa promesse, confiance qu'il serait injuste de tromper. C'est au nom de cette confiance qu'on grève d'obligations la volonté. Et l'adage célèbre rapporté par Loysel : « Autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain » (2), pourrait en somme se traduire ainsi : « Depuis que l'action persistante de la morale chrétienne a créé parmi les hommes une atmosphère de plus grande loyauté et de plus parfaite bonne foi, et que, d'autre part, les progrès du commerce ont développé et rendu de plus en plus nécessaire le crédit mutuel, les « simples promesses » sérieusement données engendrent de fait la même confiance que les stipulations du droit romain. Elles doi-

H. Beaune, *Droit coutumier*, *Les contrats*, p. 39 s. ; Brissaud, *Traité*, p. 1406 ; Viollet, *Traité*, 3[e] éd., p. 645. L'influence prépondérante fut celle de l'Eglise et du droit canon. L'effort des canonistes tendit d'abord à assurer l'exécution des obligations directement contractées envers Dieu par l'emploi du serment (l'usage de s'engager sous serment est alors fréquent), puis à faire juridiquement sanctionner, dans la mesure du possible, les devoirs généraux de loyauté et d'honnêteté envers le prochain.

(1) Ce sont les mêmes adages qu'on répète après comme avant la réforme, sans toujours s'apercevoir qu'on leur a peu à peu donné une extension (Ex : textes romains sur les pactes, v. g. *pacta sunt servenda*. — Cf. Esmein, p. 37 ; Beaune, p. 40) ou un sens (Ex. : la maxime : on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles. V. Brissaud, p. 1409) qu'ils n'avaient pas au début.

(2) *Instit. coutum.*, III, 1, 2, règle 357.

vent donc être également respectées. Si, sous prétexte qu'elles ne constituent que des *pacta nuda*, le droit les laissait violer impunément, il couvrirait des lésions injustes, et il exposerait à des troubles funestes les relations humaines. »

N'exagérons pas d'ailleurs l'importance de cette prétendue révolution juridique. Il ne s'agit que d'une question de *forme*. La théorie de la formation des contrats se trouve, certes, modifiée, puisque l'on abandonne — provisoirement au moins (1) — tout formalisme. Mais leurs conditions de validité quant au fond restent les mêmes. Peut-être deviennent-elles plus sévères. Ce que nous voyons, en effet, s'élever sur les ruines du formalisme, ce n'est pas une théorie de l'autonomie de la volonté, mais une théorie de la *cause*, au sens que nous avons déjà donné à ce mot, c'est-à-dire une théorie du juste objectif. Si le *pactum nudum a forma* est désormais validé, on rejette impitoyablement le *pactum nudum a causa* (2). Plus qu'à toute autre époque, on affirme que, pour qu'un contrat ait droit à la sanction juridique, il ne suffit pas qu'il ait été verbalement consenti ; il faut de plus qu'il tende à des fins objectivement légitimes, et qu'il respecte la règle fondamentale de l'*équivalent*. *Justum in commutativa justitia idem est quod contrapassum* (3). La volonté ne crée pas le juste ; c'est elle qui doit se conformer au juste. Voilà ce que répètent de concert canonistes, théologiens et juristes (4). Toute usure, toute exploitation d'au-

(1) V. Viollet, p. 646.

(2) Comp. H. Brocher, *La genèse du contrat*, *Rev. gén. du droit*, 1897, p. 527.

(3) S. Thomas, *Somme théol.*, II^{a} II^{ae}, quaest. 61, art. 4.

(4) V. Brants, *Les théories économiques aux XIII^{e} et XIV^{e} siècles*, Louvain, 1895, et Duthoit, *L'injustice usuraire vis-à-vis du droit moderne*, dans *Semaine sociale de Rouen*, 1910, p. 208.

trui sous le voile du contrat leur paraît un crime. Ils ignorent l'expression moderne de *liberté des conventions*. Ils ne connaissent que la *justice commutative*. Cette phase de l'histoire juridique ne marque donc pas le triomphe du « dogme de la volonté », mais celui du *cuique suum* et du *neminem laedere*.

On pourrait en dire autant, en dépit des apparences, d'une autre phase importante de l'évolution du droit, où juristes et économistes voient d'ordinaire la victoire la plus caractérisée de l'idée d'autonomie contractuelle. Nous voulons parler de l'abandon à l'époque révolutionnaire des règles canoniques sur le prêt à intérêt (Décr. 3-12 octobre 1789 ; art. 1905, C. civ.).

C'est au nom de la justice commutative que le moyen âge avait prohibé, en principe, toute stipulation d'intérêt. *Justum est idem quod contrapassum*. Si cent livres ont été prêtées, cent livres seulement doivent être rendues ; sinon, il y a enrichissement injuste, exploitation du prochain. Mais, sur la fin de l'ancien régime, devant les transformations de la vie économique et le développement du prêt à la production, on en vint à douter, à tort ou à raison, de la justesse de cette application du principe commutatif. Désormais, pensa-t-on, l'argent est devenu normalement frugifère. Cent livres prêtées aujourd'hui vaudront donc probablement plus de cent livres dans un an. Dès lors, si, contre cent livres reçues comptant, l'emprunteur ne donne que la promesse de payer cent livres dans un an, il rend moins qu'il ne reçoit ; le prêteur subit une lésion. Pour qu'entre la prestation effectuée et la promesse qui en est la contrepartie puisse se réaliser l'équivalence exigée par l'équité et par le principe du contrat *re*, il faut donc qu'un juste intérêt soit déclaré licite (1).

(1) Il est notable que le droit moderne considère ou semble considé-

Quel sera ce juste intérêt ? La loi va-t-elle le définir de façon uniforme et invariable ? Non certes. Le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* dépendent d'éléments trop divers et trop variables pour comporter une fixation immuable et rigide. Seule la convention individuelle constitue un instrument assez souple de détermination et de précision ; seule elle peut assurer dans chaque cas particulier la conformité de l'intérêt aux exigences de l'équité.

De là ces deux règles du droit moderne : 1° licéité du prêt à intérêt ; 2° liberté, au moins relative, du taux de l'intérêt. Toutes deux, on le voit, procèdent au fond de ces mêmes principes de justice objective, mais diversement appliqués, qui avaient autrefois motivé les prohibitions des canonistes.

Assurément il s'est maintes fois trouvé, soit au XVIII^e siècle, soit depuis, des économistes et des juristes, qui, dans leur lutte contre la théorie canonique, se sont inspirés d'autres principes. Beaucoup, nous le savons (*supra*, ch. I), ont réclamé la liberté pour la liberté même, ont exalté l'autonomie de la volonté et la souveraineté du contrat, et systématiquement dénié au législateur le droit de réglementer en quoi que ce soit les conventions entre majeurs. Mais nous sommes profondément persuadé que c'est l'argument fondé sur la notion du juste objectif qui a vraiment décidé du sort de la réforme ; car seul il lui a donné gain de cause devant l'opinion publique. Donc, cette fois encore, la liberté n'a pénétré dans le droit qu'en se couvrant du drapeau de la justice. C'est une confirmation nouvelle de la thèse fondamentale de notre précédent chapitre : la liberté des

rer les intérêts comme dus dans tous les cas en vertu d'une *obligation naturelle*, même s'ils n'ont pas été stipulés (Arg. art. 1906, C. civ.). — Cf. Planiol, II, 4° éd., p. 656, n. 4.

conventions repose sur une *présomption de justice* ; la volonté libre ne crée pas le juste ; elle n'est que l'instrument de sa détermination.

Concluons donc que c'est bien vainement que la doctrine de l'autonomie prétend exprimer la loi primordiale de l'histoire. Le dogme de la volonté n'a été ni le moteur principal, ni à plus forte raison le moteur unique de l'évolution du droit contractuel.

Was ihr den Geist der Zeiten heisst,
Das ist im Grund der Herren eigner Geist,
In dem die Zeiten sich bespiegeln (1).

SECTION II. — Le principe d'autonomie et l'évolution juridique contemporaine.

Il est une époque où la doctrine de l'autonomie de la volonté parut triompher et où l'on put croire que le droit s'orientait définitivement vers l'idéal individualiste. C'est l'époque de la Révolution et du Code civil. Alors, en effet, la souveraineté juridique du vouloir humain reçoit les plus solennelles consécrations. Presque toutes les entraves qu'apportait l'ancien droit à l'autonomie contractuelle sont supprimées. Abolies les lois sur l'usure et les dernières traces de la théorie canonique du juste prix. Détruites les corporations avec leurs règlements multiples, obstacles à la liberté dans le contrat de travail. Disparaissent également les *retraits* de tous ordres, legs vénérables d'une époque qui ne s'inclinait pas encore devant la toute-puissance de l'individu et reconnaissait, à côté et au-dessus du contrat, des

(1) Goethe, *Faust*, v. 224-226.

institutions. C'est avec une énergie nouvelle que le législateur proclame le principe que les conventions tiennent lieu de loi et qu'il défend aux juges de corriger les contrats au nom d'une conjecturale équité (1). Il n'est pas jusqu'à l'organisation de la propriété et des droits réels qui désormais ne repose sur le libre contrat : un simple accord de volontés suffira, par lui-même, à créer, à déplacer, à éteindre tous les droits ; et ce nouveau principe de la société moderne permettra de dire, contrairement à l'adage antique : « *Dominia rerum solo consensu transferuntur.* »

Juristes individualistes et économistes libéraux célèbrent à l'envi cette mémorable époque (2). C'est pour le droit, disent-ils, une ère nouvelle qui s'ouvre : l'ère de la suprématie du contrat. Désormais le régime contractuel ne cessera de s'étendre et de révéler ses bienfaits ; la volonté individuelle affirmera de plus en plus sa puissance ; et, la liberté méritant plus de crédit, les « lois d'ordre public » se feront plus rares ; jusqu'au jour où la réalisation intégrale de l'idée autonomiste consacrera enfin le règne absolu du libre contrat dans le droit privé, voire aussi dans le droit public. On connaît les prédictions des Fouillée, des Spencer, des Sumner Maine, de bien d'autres encore (*supra*, ch. VI, *princ.*).

Or ces prédictions, tant de fois renouvelées, étaient vaines. Chaque jour les faits les démentent, et le droit vivant s'éloigne de l'idéal individualiste. Si nous ne craignions de substituer ici un paradoxe à un autre, nous dirions volontiers que, loin d'inaugurer l'avènement définitif d'un monde

(1) « Equité cérébrine », disent certains, à la suite de Thomasius (Diss. *De aequitate cerebrina*). Cf. *supra*, ch. I et ch. III, sect. III.

(2) V. par ex. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, et *Cours de droit civil français. Introduction*. V. d'ailleurs notre chap. I.

juridique nouveau, ce triomphe partiel de la doctrine de l'autonomie, — dont il ne faudrait pas d'ailleurs exagérer l'étendue (1), — ne constitue, dans la marche générale de

(1) A la vérité, bien des réserves et bien des distinctions seraient ici nécessaires. D'abord plusieurs des réformes de l'époque révolutionnaire comportent une autre interprétation que l'interprétation purement libérale (Cf. *supra*, sect. I, *in fine*). Surtout il faudrait séparer davantage de l'œuvre de la Révolution celle du Code civil, qui ne procède pas exclusivement du même esprit, et d'où l'on pourrait extraire « beaucoup plus de l'esprit de Pothier que de celui de Jean-Jacques Rousseau, et plus d'essence des ordonnances des rois de France...que de celle du *Contrat social* » (A. Sorel, dans *Livre du Centenaire*, p. XX). De plus, il faudrait éviter de confondre le texte même du Code civil avec l'esprit dans lequel il a été interprété au XIXe siècle par la doctrine et par la jurisprudence. Pris en lui-même, le Code civil, œuvre de conciliation et d'opportune transaction, ne mérite que partiellement les éloges enthousiastes de l'école libérale, et les critiques systématiques de l'école socialiste. Et il est probable que, parmi les juristes français, la doctrine de l'autonomie de la volonté aurait moins exclusivement prévalu, et que la théorie du contrat aurait été moins fortement imprégnée d'individualisme, si on s'était un peu plus inspiré des principes exposés par Portalis lors de la discussion du titre de la lésion dans la vente (Cf. *supra*, ch. V, sect. II, § II, 4) et si l'on avait davantage tenu compte de certains textes très importants, entre autres des articles 1108, 1131-1133 (théorie de la cause ; cf. *supra*, ch. V, sect. II, § II), 1134, al. 3 et 1135 (cf. *supra*, ch. III, sect. III), ainsi que de l'article 6, resté le plus souvent lettre morte (Voy. sur le parti à tirer de ces textes : Tissier, *Rev. bourguignonne*, 1903, t. I, p. 192 s. ; Charmont, *Rev. de mét. et de mor.*, 1903, p. 403 ; Ripert, *Rev. crit.*, 1907, p. 193 s., et les thèses de MM. Dereux, 1905, Gerlier, 1907 et Fortier, 1909). Sur l'esprit général du Code civil, voy. au point de vue qui nous intéresse ici, les appréciations diverses contenues dans le *Livre du Centenaire*, notamment p. X (Préface du Comité de Rédaction), p. XIX (A. Sorel), p. 47 (Boistel), p. 73 s. (M. Tissier), p. 108 s. (M. Saleilles), p. 967 s. (M. Gaudemet). — V. aussi P. Pic, *La réforme du Code civil et le nouveau Code du travail*, *Rev. trim.*, 1911, p. 719 s. — Au surplus, il est bon de se rappeler que juristes et économistes classiques ont souvent critiqué le Code civil au nom de la liberté des conventions et de l'autonomie de la volonté. V. par exem-

l'humanité, qu'un accident presque sans lendemain, une sorte d'erreur d'aiguillage dont, de nos jours, l'histoire se hâte, avec la sage lenteur qui lui est coutumière, de réparer les suites. L'ère de l'autonomie de la volonté et de la suprématie du contrat est déjà close. C'est ce que nous allons établir.

Nous attirerons d'abord l'attention du lecteur sur un aspect fort important de l'évolution juridique, que, dans leurs visions prophétiques, les individualistes ont trop laissé dans l'ombre. Il est très vrai, certes, qu'au cours des âges les relations fondées sur le contrat se sont multipliées et que le droit contractuel est devenu plus volumineux. Mais quand on conclut de là au prochain avènement d'un régime social qui ne serait plus qu'un vaste système de libres contrats individuels, on ne prend pas garde qu'avec le temps le droit non contractuel n'a cessé lui aussi de s'étendre et de se compliquer (1). Car, sans parler du droit familial, dont la réglementation est de nos jours autrement minutieuse et intense que dans les sociétés anciennes (2), il est de toute évidence que, depuis un siècle surtout, le droit constitutionnel et le droit administratif, qui n'ont assurément à peu près rien de contractuel (3), se sont accrus dans des proportions vraiment étonnantes, pour ne pas dire fort inquié-

ple Batbie, *Revision du Code Napoléon*, *Rev. crit.*, 1866, t. 28, et *Cours d'Econ. pol.*, 39e leçon ; A. Jourdan, *Rapports entre le droit et l'Economie potitique*, 1885, p. 73 s. et p. 200 s.

(1) V. Durkheim, *Division du travail social*, 2e éd., 1902, p. 184 s. ; L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 52 s.

(2) V. Durkheim, *op. cit.*

(3) De nos jours du moins, car on sait qu'au début de l'époque féodale ces parties du droit présentaient un caractère contractuel assez prononcé.

tantes. Quel est celui de nos contemporains qui, devant l'incessant développement des fonctions de l'Etat et l'extension prodigieuse des services publics, s'aviserait de prétendre avec Spencer que dans l'Etat moderne, dans l'Etat « industriel », la cohésion sociale diminue, que la discipline collective tend à disparaître, que l'individu devient plus indépendant de la société ? Ne voit-on pas que, tout au contraire, l'appareil juridique coordinateur tous les jours se renforce et se complique, et que sans cesse se multiplient dans la vie des individus les points d'insertion de l'action régulatrice du droit ? Qu'on essaye de compter les « limitations » de tous ordres que le développement social a apportées à la « liberté naturelle » des individus (1) : depuis le service militaire et les charges fiscales écrasantes jusqu'à la vaccination obligatoire, sans oublier l'obligation scolaire, ni l'obligation des retraites. A quelle époque ces limitations furent-elles plus nombreuses ? Bien loin donc de s'être traduit juridiquement par une diminution du droit coactif et par l'exaltation de l'autonomie individuelle, le progrès social du dernier siècle a eu pour principal résultat de resserrer les liens collectifs et d'accroître la discipline étatique. A plus de civilisation, à plus de vie, il a fallu plus de règles (2).

(1) En employant ce langage, nous nous plaçons dans la perspective individualiste. Mais le lecteur sait combien elle est étroite. Lorsque la loi limite la liberté abstraite et toute statique, seule considérée par les libéraux, c'est le plus souvent pour rendre possible la liberté effective, concrète, dynamique, la maîtrise réelle de l'homme sur les choses, de l'esprit sur la matière. — Cf. *supra*, ch. V, sect. III.

(2) Cf. E. Stocquart, *Législation industrielle et sociale en Angleterre*, *Revue du droit public*, 1896-2, p. 468. — Sur l'impuissance de la théorie individualiste à expliquer l'Etat moderne, v. Duguit, *op. cit.*, p. 14-15 et p. 273 s.

D'un autre côté, si nous jetons un coup d'œil sur les transformations qui s'accomplissent dans les couches profondes du monde actuel, ne voyons-nous pas les faits protester violemment contre l' « atomisation » de la société engendrée par l'individualisme révolutionnaire (1)? Au nom de la liberté abstraite de l'individu, on avait voulu réduire la société à une poussière amorphe d'atomes juxtaposées ; on avait détruit tous les organismes collectifs, toutes les institntions, professionnelles ou autres, issues spontanément du développement social et qui jouissaient d'une autonomie relative au sein de l'institution fondamentale qui est l'Etat. Or voici que de tous côtés, sous la poussée vitale des besoins et des intérêts, les organismes abolis s'efforcent de renaître. Des groupements corporatifs nouveaux se constituent, qui postulent, comme ceux de jadis, une structure juridique précise et forte. Et déjà, le droit positif, qui depuis 1884 en reconnaît officiellement l'existence, s'essaye, quoique avec beancoup de réserves et de tâtonnements, à les ériger en véritables *autorités* professionnelles jouissant, dans la sphère de leur compétence propre, du pouvoir réglementaire. Et cet immense effort de construction ou de reconstruction sociale ne se manifeste pas seulement par le développement actuel du syndicalisme corporatif ; sa puissante influence se fait sentir dans tous les domaines de l'activité sociale, partout où la substitution de l'action collective à l'action individuelle apparaît comme une condition du succès commun (2). On ne compte plus aujourd'hui les formes nouvelles de gronpement : cartels,

(1) V. *supra*, chap. I, sect. I, 5.

(2) Il faut lire, sur l'importance de ce phénomène et sur les conséquences qu'il entraîne, l'article de M. Maurice Deslandres, *L'avènement de l'associationisme*, dans la *Chronique sociale* de juin 1909.

trusts, ententes de producteurs ; amicales d'instituteurs et associations de fonctionnaires ; club-alpin, touring-club et mille autres clubs divers ; instituts littéraires et laboratoires scientifiques ; associations pour la défense des sites ; ligues contre la pornographie ou pour la protection de l'enfance ; confréries religieuses et charitables ; que sais-je encore ? Il y a là un phénomène si général et si profond, ces groupements sont si bien devenus comme le cadre indispensable de toute activité humaine qui veut être féconde, qu'on a pu dire très justement que, dans notre monde contemporain, « la cellule sociale cesse d'être l'individu pour devenir le groupe social » (1).

Or c'est en vain que les juristes se sont efforcés (V. *supra*, chap. IV, sect. II) de réduire ces institutions spontanées et ces associations vivantes à une simple juxtaposition de contrats individuels s'exécutant selon le droit commun, c'est-à-dire conformément au principe d'autonomie. Les cadres du droit contractuel classique sont radicalement impuissants à les contenir. Leurs statuts n'ont pas pour principal objet, nous l'avons vu, de définir des obligations contractuelles réciproques, mais d'organiser et d'orienter vers sa fin la vie collective unitaire de l'être social ; et le fonctionnement normal de ces groupes exige impérieusement une discipline commune, la soumission de tous leurs membres à une *autorité* directrice, extérieure et supérieure à chacun d'eux. Donc, ici encore, le dogme de la volonté et le dogme du contrat reçoivent de l'évolution sociale contemporaine d'imposants démentis.

(1) M. Deslandres, *Influence de l'évolution sociale sur l'organisation politique de la démocratie, Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 237.

Ce ne sont pas les seuls. Et si nous pénétrons maintenant dans le domaine du pur droit privé, objet principal de notre étude, l'orientation actuelle des idées et des faits ne nous paraît pas moins hostile à la conception classique de l'autonomie.

La théorie du transfert volontaire de la propriété et des droits réels immobiliers nous fournit un premier exemple. Rompant plus ouvertement que notre ancien droit avec les principes romains et les vieilles coutumes germaniques, le Code civil avait, on le sait, proclamé que la volonté individuelle, s'exprimant dans une simple convention, avait par elle-même la puissance de transmettre la propriété et de créer des droits réels (1). Il suivait en cela les enseignements des philosophes (2), en même temps qu'il consacrait officiellement des usages alors fort répandus (3), dont les inconvénients étaient encore peu sensibles (4), mais que

(1) ART. 711, 1138, 1583. « Par la seule expression de notre volonté, dit Portalis (dans Locré, t. XIV, p. 145), nous acquérons pour nous-mêmes, et nous transportons à autrui les choses qui peuvent être l'objet de nos conventions... Ainsi la volonté de l'homme, aidée de la toute-puissance de la loi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles et devient présente partout comme la loi même. »

(2) Notamment de Grotius et de Puffendorf, dont les opinions sont rapportées par Pothier (*Propr.*, n° 245). Chose digne de remarque, Kant est d'un avis opposé. Il affirme la nécessité de la tradition (*Doctrine du droit*, tr. Barni, p. 108).

(3) V. les divers traités d'histoire du droit, notamment Viollet, 3e éd., p. 655 s.. et Brissaud, p. 1302 s.

(4) V. Brissaud, p. 1309. « La plupart du temps, l'acquéreur d'un fonds était un voisin ; les surprises étaient difficiles. Et lorsqu'elles risquaient de se produire, l'intervention des notaires les empêchait neuf fois sur dix, car le notaire auquel il fallait recourir aussi bien pour les aliénations que pour les constitutions d'hypothèques, était renseigné sur les droits des parties ; il ne devait agir qu'à bon escient, sous peine d'engager sa responsabilité. »

néanmoins des juristes avisés avaient déjà condamnés au nom du « bien public » et de « la sûreté du commerce » (1). Or qu'arriva-t-il ? Il arriva que dans notre régime économique moderne, où le besoin de sécurité et de confiance est plus impérieux que jamais, les dangers d'un pareil système, qui aboutissait à la clandestinité de toutes les transactions immobilières, ne tardèrent pas à se faire sentir. Sous prétexte d'affirmer la toute-puissance de la volonté privée, le droit avait sacrifié les intérêts essentiels du public, des *tiers*, et exposé au trouble et à l'insécurité les relations juridiques. Il fallut reconnaître que les solennités de la *mancipatio* ou de la vente *in mallo* et la publicité inhérente à la *traditio* romaine avaient eu leurs avantages. On comprit que, fait social, intéressant de très près les tiers — de plus près que le simple phénomène de l'obligation personnelle, — la propriété devait faire l'objet d'une investiture sociale, ou du moins devait être socialement constatée (2). De là naquit la loi du 23 mars 1855, qui impose aux transactions immobilières la formalité de la transcription.

Il est vrai que la doctrine classique ne se tient pas pour battue. Elle continue à affirmer que le simple consentement transmet les droits réels et rend dans la vente l'acheteur propriétaire ; que c'est là un des « grands principes de la société moderne » (3). Seulement, ajoute-t-on, les droits réels ainsi transférés n'existent qu'entre les parties et leurs

(1) Ricard, *Traité des donations entre vifs*, n° 902. — V. aussi les protestations de Pothier, *De la propriété*, n° 245, et de Dumoulin, *Sur Cout. de Paris*, I, § 20, gl. 5, n° 16.

(2) Voy. sur ce point des considérations intéressantes dans R. de la Grasserie, *De la volonté comme source d'un droit*, *Rev. crit.*, 1911, p. 310 s.

(3) Demolombe, t. XXIV, n° 416 *in fine*.

ayants cause ; la transcription seule les fait exister à l'égard des tiers. Mais une propriété qu'on ne peut opposer à tous, est-ce bien une propriété ? A qui considère l'évolution juridique contemporaine, ces prétendus droits réels créés *solo consensu* n'apparaissent-ils pas comme destinés tôt ou tard à se résoudre en de simples droits personnels (1) ? L'aboutissant inévitable du système inauguré en 1855, n'est-ce pas l'adoption intégrale du régime des livres fonciers, tel que l'organisent la législation allemande et le nouveau Code civil suisse (2), et par conséquent l'abandon pur et simple des principes de 1804 ? « Fantômes juridiques, *idola fori* ! » Ainsi s'exprime M. Viollet au sujet de ces fallacieux principes (3). Nous dirions plus volontiers : *idola theatri* ! (4)

(1) Dans l'état actuel de notre législation, ces droits sont des droits hybrides, mi-personnels, mi-réels. Sans être opposables aux *tiers* au sens de la loi de 1855, ils engendrent cependant *inter partes* une action *réelle*, et leurs titulaires sont préférés aux créanciers chirographaires.

(2) Code civil suisse, art. 971 : « Tout droit dont la constitution est légalement subordonnée à une inscription au registre foncier n'existe *comme droit réel* que si cette inscription a eu lieu. » Art. 972 : « Les droits réels naissent, prennent leur rang et reçoivent leur date par l'inscription dans le grand livre. » — Cf. art. 656.

(3) *Histoire du dr. civ. fr.*, 3e éd., p. 658. — Cf. Huc, *Traité*, VII, n° 98 ; G. Cornil, *L'évolution de la vente consensuelle*, dans *Nouv. rev. hist.*, 1901, p. 159-160. Il faut noter que peu de législateurs modernes ont adopté le système du transfert de la propriété par l'effet du seul consentement. Voy. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, p. 342 s.

(4) De la transcription, il faudrait évidemment rapprocher les diverses *formalités* et mesures de *publicité* (Ex. : inscriptions au bureau des hypothèques ou aux greffes des tribunaux ou sur les « livres fonciers » ou sur le registre des titres nominatifs des sociétés par actions, — enregistrement — publications dans les journaux, etc... — *Adde* : formalisme des effets de commerce, v. gr. lettre de change) de plus

C'est également le besoin général de sécurité et de certitude, qui, joint à une conscience plus nette des naturelles limites de la volonté humaine, a déterminé de nos jours un recul très sensible de la théorie de l'autonomie en droit international privé. Il fut un temps où, en France notamment, le principe d'autonomie semblait devoir fournir la solution de la plupart des conflits de lois en matière d'actes juridiques. A part quelques dispositions « d'ordre public », dont on restreignait d'ailleurs comme à plaisir le champ d'application, les autres lois relatives aux actes juridiques étaient abandonnées à la volonté des individus. La principale fonction du juge était de scruter des intentions. Pour se faire une idée des étranges confusions auxquelles certains auteurs furent ainsi conduits, le lecteur n'a qu'à se reporter à l'article, cité en note, de M. Aubry (1), qui a juste-

en plus en faveur dans le droit actuel, auxquelles sont subordonnés dans l'intérêt des tiers — parfois aussi dans celui des parties — certains effets de droit. Ces formalités constituent par elles-mêmes une restriction à la puissance juridique des volontés individuelles. « Il y aurait quelque puérilité, dit M. Viollet (*Histoire du dr. civ. fr.*, 3e éd., p. 646) à parler du formalisme des temps primitifs, sans songer au formalisme plus lourd des périodes avancées en civilisation. Ce serait être le jouet de conceptions de l'esprit qui n'ont pas grande portée pratique. » — Notons que, lors de la rédaction du Code civil, certains se sont opposés à la publicité des hypothèques *au nom de la liberté des conventions* (Fenet, t. XV, p. 223 s. — Cf. Planiol, II, 4e éd., n° 2687). — Sur ce *formalisme* moderne, v. P. Viollet, 3e éd., p. 646 ; Planiol, 4e éd., I, n° 246 ; Gény, *Livre du Cent. du C. civ.*, p. 993 s. ; R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 70 et p. 112.

(1) Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, dans *Clunet*, 1896, p. 465 s. et 721 s. — Cf. à certains égards, Audinet, *Des conséquences et des limites du principe de l'autonomie de la volonté en matière de donations entre vifs*, dans *Rev. de dr. int. pr.*, 1909, p. 465 s.

ment dénoncé les principales. C'était le dogme de la volonté appliqué dans toute son ampleur.

Or, on revient aujourd'hui de ces excès ; et le droit s'oriente dans des voies nettement différentes. La conférence internationale de la Haye notamment, organe officiel de la conscience juridique européenne, s'écarte résolument, dans les problèmes qu'elle aborde, des solutions dictées par la doctrine autonomiste. Ainsi, dans la fameuse question du régime matrimonial des époux mariés sans contrat, elle a, suivant l'exemple des législations les plus récentes (1), rejeté la théorie française de l'option tacite, pour faire toujours prévaloir, sans preuve contraire possible, le régime fixé par la loi régissant le mariage lui-même, c'est-à-dire par la loi nationale du mari. Elle a par là proclamé qu'à ses yeux le régime des biens entre époux ne se rattachait pas au droit des *contrats*, mais au droit du *mariage* (2). Pareillement, en matière successorale, la théorie qui a triomphé ne fait pas reposer la succession *ab intestat* sur un acte juridique tacite, sur un testament présumé, dont l'interprétation serait abandonnée au juge ; elle en fait une dépendance naturelle de l'organisation de la famille, et, en conséquence, c'est de la loi nationale du défunt que dans

(1) C. civ. italien (1865), art. 1381, et art. 6 des Dispositions préliminaires ; C. civ. portugais (1867), art. 1107 ; C. civ. espagnol (1889), art. 1325 ; C. civ. allemand, art. 1433, et Loi d'introduction, art. 15.

(2) Convention (non encore ratifiée) du 17 juillet 1905, art. 2. — V. E. Audinet, *Le régime matrimonial et le contrat de mariage d'après la Convention de la Haye*, dans *Rev. de dr. int. pr.*, 1910, p. 289 s. Voy. aussi dans la même revue, 1910, p. 866 s., une note importante de jurisprudence, et dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1909, p. 429 s. et p. 449 s., le compte rendu des travaux de cette société sur la question dont s'agit, notamment le rapport de M. Pillet.

tous les cas, elle prescrit l'application (1). Des tendances analogues se font jour dans la théorie des effets des actes juridiques. De plus en plus on sent tout ce qu'avait de fictif et de dangereux le pur système des recherches d'intentions. On réclame de toutes parts, pour diriger le juge dans la solution des conflits de lois, des règles dispositives précises et fixes (2). Or, alors même que de telles règles sont susceptibles d'être écartées par une manifestation effective de volonté contraire, elles n'en constituent pas moins par elles-mêmes — nous l'avons démontré ailleurs (3) — un abandon partiel du principe d'autonomie, car elles ne se réduisent jamais entièrement à de simples présomptions de volonté. Cette réaction actuelle contre la doctrine d'autonomie va même parfois si loin, que récemment on a vu un juriste affirmer « que l'idée de volonté n'a pas sa place en droit privé international, qu'elle ne peut pas et ne doit pas fournir une solution aux conflits de lois qui concernent les actes juridiques... (4) ».

(1) V. Projet de convention sur les conflits de lois en matière de successions et de testaments, 17 juillet 1905. — V. en faveur de l'application du principe d'autonomie, Aubry, *op. cit.*, Clunet, 1896, p. 735 s.

(2) V. dans la *Revue de dr. intern. privé*, 1909, p. 355 s. le compte-rendu des travaux de la XXIV^e^ session de l'Institut de droit international (Florence, sept.-oct. 1908). — V. aussi Stefanesco, *De l'interprétation de la volonté des parties dans les contrats en droit international privé*, th. 1905.

(3) *Supra*, ch. III, sect. III. C'est pourquoi M. Roguin, partisan de la théorie de l'autonomie, avait, de son point de vue, parfaitement raison lorsqu'il demandait qu'aucune présomption d'aucune sorte ne liât le juge. « Un système de présomptions, quel qu'il soit, est contraire à la liberté des parties. » (C. R. du Congrès de Florence, dans *Rev. de dr. intern. pr.*, 1909, p. 358-359.)

(4) G. Dreyfus, *L'acte juridique en droit privé international*, th. 1904, p. 5.

Mais revenons au droit interne.

Nous avons longuement insisté plus haut (*supra*, ch. III, sect. II et III) sur les importantes transformations qui s'opèrent de nos jours dans la théorie de la formation et de l'interprétation des contrats. En face de la *Willenstheorie*, jusqu'ici souveraine, des systèmes nouveaux se sont dressés, qui, au lieu de voir dans la volonté psychologique subjective l'unique élément de l'acte juridique, font prédominer la considération des usages, des nécessités objectives du commerce, des exigences de la loyauté et de la bonne foi, et prescrivent au juge d'ada pter les effets des contrats non à ce qui a été psychologiquement voulu, mais à ce que les tiers ont pu ou dû connaître, à ce sur quoi ils ont dû normalement compter. Et nous savons que ces théories ne sont pas restées confinées dans le domaine de la pure spéculation : elles ont trouvé une consécration positive dans la plus étudiée et la plus considérable des législations récentes, dans le Code civil allemand : preuve manifeste qu'elles correspondent, dans une certaine mesure au moins (1), aux conditions actuelles de la vie juridique. La théorie de la *Déclaration* s'oppose en effet à la *Willenstheorie*, comme le système de la transcription s'oppose au système du transfert de propriété *solo consensu*. Dans les deux cas, l'intérêt légitime des tiers tient en échec la volonté individuelle. C'est la conception sociale du droit qui l'emporte sur la conception individualiste.

On pourrait peut-être objecter qu'à d'autres égards le droit tend aujourd'hui à consacrer plus pleinement le principe d'autonomie, puisqu'il reconnaît la validité du contrat

(1) Cf. les réserves faites *supra*, ch. III, sect. II *in fine*.

abstrait, entièrement dégagé de sa cause. L'acte abstrait du droit allemand, valable par soi, indépendamment du pourquoi auquel il répond et du but immédiat en vue duquel il est fait, ne constitue-t-il pas l'incarnation la plus parfaite de la puissance créatrice de la volonté ?

L'objection dénoterait une vue très superficielle des choses. Il est certain d'abord que si le législateur allemand a admis la validité de la promesse abstraite et fait une très large place au contrat abstrait d'aliénation (1), le dogme de la volonté n'a pas été pour beaucoup dans les motifs qui l'y ont déterminé. Ce qu'il voulait surtout, c'est satisfaire plus complètement les exigences actuelles du commerce juridique ; c'est augmenter la sécurité des transactions en rendant plus rares les actions en nullité ou en résolution, sources pour les tiers de dangereuses surprises (2) ; c'est, en dégageant les créances et les dettes de la psychologie subjective concrète des individus, leur permettre de circuler plus aisément comme des valeurs propres et indépendantes (3). L'idée d'où dérive le contrat abstrait est donc au

(1) Sur l'importance en droit allemand des actes abstraits d'aliénation (transfert de propriété, cession de créance, reprise de dette), v. Saleilles, *L'obligation*, 2e éd., *passim*, notamment n° 5.

(2) D'après M. Hauriou (*Principes de droit public*, 1910, p. 201), les anciens contrats formalistes et abstraits, tels que la *stipulatio*, auraient été peut-être, eux aussi, à un moment donné, « une invention du commerce juridique destinée à permettre d'échapper aux causes de résolution et de rescision qui abondent contre les contrats primitifs. »

(3) Sur cet aspect moderne de l'obligation, qui de lien personnel est devenue valeur patrimoniale, v. E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes*, 1898, Introduction ; Saleilles, *L'obligation*, 2e éd., n° 268. — Il est bon de rappeler que la principale application dans le droit moderne de l'idée de promesse abstraite est la lettre de change. Dans la plupart des législations, la mention de la cause n'est plus exigée.

fond la même que celle qui, chez nous, en matière de titres à ordre, fait déclarer inopposables au porteur de bonne foi certaines exceptions, celle de dol par exemple (1). Or, assurément, on ne saurait voir dans ce dernier cas une application du principe d'autonomie. Ce n'est pas pour respecter la volonté du tiré qu'on fait produire effet à sa signature, lorsqu'elle lui a été extorquée par dol !

Au reste, qu'on n'aille pas croire qu'en donnant droit de cité à la promesse abstraite, le législateur allemand ait affranchi la volonté individuelle des habituelles exigences de l'ordre légal et des bonnes mœurs. Avant de prêter la sanction juridique à un contrat abstrait, le juge a, au contraire, le droit et le devoir de rechercher le but réellement poursuivi par les parties, et il doit annuler tout acte abstrait qui tendrait à des fins illicites ou immorales (2). Et, d'un autre côté, le caractère abstrait de la promesse n'empêche pas, non plus, le principe de l'enrichissement indû d'exercer son empire : la partie qui de fait se serait obligée sans cause ou sur une « fausse cause » trouverait dans les articles 812 et suivants le droit de se faire restituer contre ses engagements (3). Le système des actes abstraits implique donc une *présomption de cause légitime* (4).

(1) V. Ad. Pichon, *De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre*, th. Paris, 1904.

(2) V. Saleilles, *Décl. de vol.*, sur le § 138 B. G. B.

(3) Tout comme le souscripteur d'un titre à ordre qui, quoique victime d'un dol, a dû pourtant payer au porteur de bonne foi la somme énoncée au titre, a le droit de se retourner à fin de remboursement contre l'auteur du dol.

(4) C'est pourquoi on a justement rapproché la promesse abstraite de la transaction ou même de la reconnaissance de dette. — Cf. Saleilles, *Obligation*, 2e éd., n° 264.

Il importe, au surplus, de ne pas perdre de vue que, psychologiquement parlant, il n'y a jamais, en fait, de promesse abstraite. Les fous seuls s'engagent sans cause. Tout acte de volonté est un tout complexe, dont les divers éléments se conditionnent et se déterminent les uns les autres. Vouloir isoler la volition des motifs et des buts qui l'expliquent et sans lesquels elle ne se produirait pas, c'est opérer une véritable mutilation de la réalité psychologique. Et en sanctionnant toujours, quoi qu'il arrive, la prétendue volonté abstraite et formelle de l'agent, on risque d'aller souvent à l'encontre de sa volonté vraie, de sa volonté réelle et concrète. Bien loin d'aboutir au système de la promesse abstraite, le principe d'autonomie pleinement entendu (1) conduirait au contraire à multiplier les analyses psychologiques de volonté, à associer le sort des actes juridiques non seulement à celui de leur *cause*, au sens français du mot, mais encore à celui de leurs *motifs*, et par suite à sous-entendre toujours une foule de conditions tacites. C'est, en d'autres termes, la théorie bien connue de Windscheid sur la *Prévision* ou la *Présupposition* (*Vorausset-*

(1) Cf. Meynial, *Décl. de vol.*, dans *Rev. trim.*, 1902, p. 553 : « Le principe de l'autonomie de la volonté, si on le poussait jusqu'à sa limite extrême, conduirait fort loin en matière de cause. Il voudrait qu'on fût toujours contraint, ou bien de faire atteindre à l'acte le but juridique et économique qu'a poursuivi l'agent, dans toute son intégrité, de lui faire réaliser toutes les fins, si lointaines, si multiples et si cachées soient-elles, qu'il a eues en vue, ou bien, lorsque la chose est impossible, qu'on fût contraint d'annuler l'acte. Et en effet, l'acte n'a été réellement voulu que sous cette condition qu'il atteindrait le but poursuivi, alors même que ce but serait resté totalement ignoré de l'autre partie. Valider l'acte alors que cette condition n'est pas remplie, c'est outrepasser certainement la volonté de l'agent ; *c'est sanctionner un engagement qui n'a plus la volonté pour base.* » — A consulter : L. Dubreuil, *Des mobiles dans les contrats*, th 1909.

zung) (1), qui marquerait l'orientation juridique la plus conforme aux principes de la *Willenstheorie*. Or on sait que le législateur allemand a nettement refusé de s'engager dans cette voie (2).

Enfin, le droit s'attaque, de nos jours, au principe même de la liberté des conventions. Et c'est là, contre la doctrine de l'autonomie, un symptôme de réaction autrement grave que tous ceux signalés jusqu'ici. Le champ d'action abandonné par le droit à la volonté diminue. Longtemps, juristes et économistes ont cru que le libre contrat était apte à satisfaire de lui-même à toutes les exigences de la vie sociale, à produire partout l'ordre, l'harmonie, le bonheur. On revient aujourd'hui de ces « idylliques illusions » (3). « C'est une erreur, déclare un éminent juriste (4), de dire que le principe de la liberté des conventions suffit à tout. » Toute la vertu sociale du contrat repose en effet sur une présomption d'égalité entre les parties. Or c'est chimère pure que de croire toujours vraie cette présomption. Il ne suffit pas de proclamer abstraitement l'égalité de droit pour que se trouve réalisée l'égalité de fait, postulée par le contrat juste. Et c'est précisément parce que, de nos jours, l'inégalité entre les contractants est devenue plus fréquente (5), ou du moins

(1) Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7e éd., t. I, § 97, p. 275 s.— Cf. sur cette théorie, Saleilles, *L'obligation*, 2e éd., p. 461 s. V. aussi B. Brugi, *La presupposizione e i criteri d'interpretazione del contratto*, dans *Riv. di dir. comm.*, 1907, II, p. 46 s.

(2) Comp. l'article 742 du premier projet et l'art. 812 actuel. — V. Saleilles, *loc. cit.*

(3) P. Bonfante, *Rivista di diritto commerciale*, 1909, I, p. 270.

(4) Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, p. 11.

(5) C'est l'opinion développée par M. Duguit (*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 53 s.). Par suite de la division croissante du

a été plus vivement sentie par la conscience juridique (1), que la liberté contractuelle voit décliner son prestige.

Le législateur n'a plus en elle la confiance d'antan. Il nous le prouve par l'insistance qu'il met à réglementer plus étroitement les principales conventions. Depuis un quart de siècle, les dispositions impératives ou d'ordre public, qui s'imposent dans tout contrat sans que les parties puissent s'y soustraire, se sont multipliées dans des proportions étonnantes. La formule « toute stipulation contraire est nulle » on « nonobstant toute clause contraire » est devenue comme l'inévitable refrain de toutes les lois nouvelles. Citons au hasard : les lois du 11 avril 1888 (C. comm., art. 105, al. 2) et du 17 mars 1905 (C. comm., art. 103, al. 3) sur le contrat de transport ; la loi du 12 mars 1900 (art. 4) sur la vente à crédit des valeurs de bourse ; celle du 9 avril 1898 sur les accidents du travail (art. 30) ; celle du 27 décembre 1890 (art. 1780, C. civ.) sur la rupture du louage de services à durée indéterminée ; celle du 13 juillet 1907 (art. 1) sur le libre salaire de la femme mariée ; les projets de loi sur le contrat de travail et sur le contrat d'assurance (2), etc...

travail social, les individus sont devenus plus différents les uns des autres, ce qui rend la lutte entre eux plus souvent inégale ; et, d'un autre côté, avec l'augmentation constante des transactions et la nécessité de les effectuer dans un temps toujours plus court, il est aujourd'hui plus difficile à chacun de se prémunir contre la fraude de son cocontractant ; la partie la plus faible doit souvent subir sans débat les conditions fixées d'avance par l'autre (Ex. : les contrats dits d'adhésion).

(1) Et cela, parce que la science juridique contemporaine, moins confiante dans les abstractions classiques, a davantage pris contact avec la vie sociale concrète.

(2) *Adde* : nombreuses propositions de loi. Ex.: propos. Steeg (4 juill. 1910), sur le paiement des loyers d'avance (V. *Rev. trim.*, 1911, p. 226) et diverses propositions destinées à étendre la loi du 17 mars 1905 sur

Bien d'autres exemples pourraient être mentionnés. La législation du travail, notamment, aujourd'hui si volumineuse, nous en fournirait à elle seule des centaines; car, à quelques exceptions près, ses dispositions sont toutes rigoureusement impératives (1). On a donc de moins en moins le droit de dire que les effets des conventions sont déterminés par la seule volonté des contractants. Ils sont le résultat d'une véritable collaboration de la volonté et de la loi. De plus en plus, la société semble se considérer dans tout contrat comme partie intéressée ; et elle s'attribue la haute mais difficile mission de protéger les faibles, d'imposer d'autorité la justice, de promouvoir le bien public.

De plus, il s'en faut de beaucoup que, dans le champ contractuel ainsi circonscrit par le législateur, la volonté soit toujours en fait souveraine. Là où s'arrête l'action de la loi, d'autres autorités souvent entrent en jeu, qui resserrent dans des bornes plus étroites encore l'autonomie contractuelle. Ce sont parfois des autorités administratives (2) ; ce sont surtout des autorités corporatives. Le phénomène est très fréquent en matière de contrat de travail. Lorsque les volontés individuelles veulent entrer en rapport de contrat, elles trouvent alors en face d'elles non seulement les

le contrat de transport aux cas non visés par elle (V. *Rev. trim.*, 1911, p. 496 s.). Partout on retrouve la clause : « Toute disposition contraire est nulle. »

(1) Sur ce caractère de la législation du travail, voy. le *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1906, p. 441 s.

(2) Ex. : les dispositions en faveur des ouvriers insérées par l'administration parmi les clauses et conditions générales dans les cahiers des charges des marchés de travaux publics (Décrets Millerand, 6 août 1899). — L'administration joue alors, ainsi que l'a très justement dit M. R. Jay, « un rôle analogue à celui que joue le syndicat dans le contrat collectif de travail » (cité dans Boissard, *Contrat de travail et salariat*, p. 196).

prescriptions de la loi de l'Etat, mais encore celles, bien plus minutieuses, de la *lex* corporative, telle que l'ont élaborée sous la forme de conventions collectives les corps professionnels constitués. Aux unes comme aux autres, elles doivent en fait se soumettre. Le jeu laissé à leur liberté est alors si restreint que le contrat tend à n'être plus qu'un simple acte d'*adhésion*. De contractuelle qu'elle était jadis, la situation juridique des travailleurs devient ainsi réglementaire et statutaire (1).

D'un autre côté, le législateur semble plus résolu à lutter contre les abus financiers de tous ordres, et à faire, suivant l'expression de Portalis, « rentrer le commerce dans le sein de la probité » (2). Il n'hésite plus à réprimer l'exploitation de la petite épargne (Ex. : L. 12 mars 1900 ayant pour objet de réprimer les abus commis en matière de vente à crédit des valeurs de bourse) ; il soumet les sociétés par actions à un régime plus sévère, plus protecteur du public (L. 1er août 1893, et L. 30 janv. 1907, art. 3) ; aux compagnies d'assurances sur la vie et aux diverses sociétés de capitalisation, il impose une surveillance plus stricte et un contrôle plus effectif (L. 17 mars 1905, et L. 19 déc. 1907). En même temps, la notion de concurrence déloyale s'étend (cf. l'importante loi allemande du 27 mai 1896), tandis que des dispositions rigoureuses, dont le nombre va croissant, s'efforcent de prévenir dans les contrats de vente les multiples variétés de fraudes ou de falsifications, et de garantir ainsi au public la parfaite loyauté des produits qu'il achète (Loi générale du 1er août 1905, et nombreuses lois spéciales) (3). Il y a là une évolution législative très

(1) Comp. Duguit, *Droit constitutionnel*, 1907, p. 549.
(2) Dans Locré, t. XIV, p. 183.
(3) Ex. : L. 4 février 1888 et 8 juillet 1907 sur la vente des engrais ;

remarquable, qui procède de la croyance en une justice sociale supérieure à la liberté économique, et qui se traduit en pratique par d'importantes restrictions à l'autonomie contractuelle, conçue à la façon classique (1).

Ce n'est pas tout. Chose plus grave encore, dans notre jurisprudence, si fidèle jusqu'ici au dogme du contrat, un mouvement se dessine, qui ne tend à rien moins qu'à battre en brèche l'article 1134 lui-même avec le rigide principe qu'il formule. Le Code civil a beau proclamer que « les conventions tiennent lieu de loi », les tribunaux ne paraissent plus se considérer dans tous les cas comme aussi rigoureusement enchaînés par une convention que par une loi. Ils se refusent à consacrer toujours, au nom de la souveraineté du contrat, l'abusive victoire des plus habiles et des plus forts. Comme les cours anglaises d'*equity*, comme nos anciens Parlements, ils invoquent l'équité.

Sans doute, ce mouvement jurisprudentiel n'est encore ni très général, ni très rapide ; la tendance classique reste prédominante (2). Les premiers symptômes d'évolution sont pourtant assez précis et assez nombreux pour avoir pu déjà fournir matière à toute une théorie d'ensemble sur la *Réductibilité des obligations excessives* (3).

C'est ainsi, par exemple, que, conformément à une jurisprudence aujourd'hui bien établie, les tribunaux s'arrogent

L. 14 août 1889, 11 juillet 1891, 24 juillet 1894, 6 avril 1897, et 6 août 1905 sur la vente des vins ; L. 16 avril 1897 et 23 juillet 1907 sur la vente du beurre ; etc...

(1) Cf. Crétinon, *Le point de vue individualiste et le point de vue social dans le droit*, dans *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 136.

(2) V. en effet les décisions analysées par M. Ripert, dans *Rev. crit.*, 1907, p. 193 s.

(3) V. l'importante thèse de M. Jean Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, Paris, 1905.

le droit d'exercer sur les salaires des mandataires, sur les honoraires des médecins (1), des agents d'affaires, des chercheurs de successions, un contrôle très effectif ; ils n'hésitent pas à les réduire lorsqu'ils les jugent en disproportion choquante avec l'importance des services rendus (2). De même, on les voit parfois ramener à un taux raisonnable des factures excessives de couturiers et de fourreurs. Sans violer trop ouvertement l'article 1152 du Code civil, ils trouvent des moyens détournés pour corriger l'effet des clauses pénales exorbitantes (3) et empêcher l'application de certaines clauses draconiennes de déchéance contenues dans les polices d'assurances (4). Ils se refusent également à sanctionner aussi docilement que jadis les règlements d'atelier ou autres règlements d'apparence contractuelle (5) ; et, de crainte que ne soit parfois consacré « l'arbitraire le plus révoltant » (6), ils n'abdiquent plus tout contrôle sur les pénalités infligées en vertu de ces règlements. Enfin,

(1) *Contra* : Seine, 23 février 1907, *Gaz. Trib.*, 1907.1.2.287 (affaire Crocker-Doyen). — V. sur cet arrêt les réflexions de M. Ripert dans *Rev. crit.*, 1907, p. 193.

(2) Voy. l'indication d'une jurisprudence abondante dans J. Perrin, *op. cit.*, p. 133 s. Parmi les décisions les plus récentes, voy. Cass. req., 27 janvier 1908, S. 1908.1.223 ; Seine, 27 octobre 1911, *Gaz. Pal.*, 1912.1.92 ; Cass. req., 12 décembre 1911, *Gaz. Pal.*, 1912.1.14 : « Attendu qu'en réduisant, pour le proportionner à l'importance du service rendu, le salaire stipulé comme rémunération du mandat, le tribunal de commerce, dont la décision est d'ailleurs suffisamment motivée, n'a fait qu'user du pouvoir de contrôle et de révision qui appartient aux tribunaux... »

(3) J. Perrin, *op. cit.*, p. 220 s.

(4) V. les décisions rapportées dans la thèse de M. Fortier (*Pouvoirs du juge*, Dijon, 1909).

(5) Cass. civ., 15 janvier 1906, D. 1906.1.241.

(6) Seine, 9 juin 1905, S. 1906.2.252.

et pour tout résumer d'un mot, ils estiment que, dans les contrats comme ailleurs, l'*abus de droit* peut se glisser et doit être réprimé (1).

Ce sont là assurément des indices fort significatifs.

Il y a plus. Au lieu de protester contre ces tendances ultra-prétoriennes de la jurisprudence, le législateur français paraît tout disposé à les encourager. Il s'apprête, de récents projets de loi en font foi (V. ci-après), à reconnaître officiellement au juge le droit et le devoir de ne pas sanctionner les yeux fermés toutes les conventions, mais de rechercher au contraire et de réprimer les extorsions qui se pourraient commettre sous le couvert hypocrite du contrat. Il ne fait d'ailleurs, en s'engageant dans cette voie, que suivre l'exemple de la plupart des législateurs étrangers.

Dans presque tous les pays, en effet, devant les abus engendrés par l'expérience libérale, la lutte contre l'injustice usuraire est en train de reprendre (2). Ce qu'on combat sous le nom d'usure, ce n'est plus seulement la stipulation d'intérêts excessifs en matière de prêt d'argent, c'est toute violation choquante de la justice commutative, toute exploitation d'autrui se déguisant sous des apparences contractuelles. Et pour réprimer l'usure ainsi comprise, on n'a plus recours, comme jadis, à la fixation légale de règles rigides et uniformes, s'appliquant en quelque sorte automatiquement et ne laissant aucune place à l'appréciation des tribunaux (Ex. : taux légal maximum d'intérêt) ; on préfère s'en

(1) Trib. Bordeaux, 14 décembre 1903, S. 1905.1.17 (Cf. R. Demogue, *Rev. trim.*, 1905, p. 127) ; Cass. req., 4 mai 1905, D. 1906.1.359. — Voy. P. Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, p. 120 s.

(2) Voy. Victor Brants, *La lutte contre l'usure dans les lois modernes*, 1907. La plupart des textes législatifs que nous mentionnerons dans la suite s'y trouvent rapportés, analysés, commentés.

remettre au juge du soin de déterminer dans chaque cas, d'après les éléments psychologiques et économiques du contrat, s'il y a ou non abus. Car l'injustice usuraire est trop protéiforme, elle dépend de circonstances trop complexes et trop variables pour qu'une règle fixe et abstraite puisse toujours l'atteindre. En conséquence, le législateur moderne se contente d'ordinaire de conférer aux tribunaux, par quelques textes larges et souples, des pouvoirs très étendus en vue de briser les conventions léonines. C'est la consécration officielle d'une nouvelle conception du rôle du juge : le juge cesse d'être le simple témoin des conflits sociaux, pour en devenir l'arbitre ; il n'est plus, comme le voulait la doctrine d'autonomie, le représentant de la volonté des individus ; il est l'organe de la justice et de l'équité, le représentant du droit, *custos justi*.

Ces lois anti-usuraires se font nombreuses. C'est, en Autriche, où l'usure sévissait terriblement (1), la loi du 19 juillet 1877 et celle du 28 mai 1881, la première restreinte à la Galicie, la seconde s'appliquant à toute la monarchie, et qui visent l'une et l'autre les abus commis dans toute opération de crédit, quelle qu'en soit la forme. En Allemagne, c'est d'abord la loi pénale du 24 mai 1880, spéciale au contrat de prêt (usure *stricto sensu*) ; c'est ensuite la loi du 9 juin 1893, qui, par un développement remarquable de la notion d'usure, étend les dispositions de la loi de 1880 à tous les contrats commutatifs : dans tous désormais le juge pourra aller chercher les éléments du délit d'usure (2). C'est

(1) La loi du 12 juin 1868, proclamant la liberté de l'intérêt conventionnel (*Zinsfreiheit*), en avait amené une recrudescence.

(2) Toutefois, pour les contrats autres que le prêt et les opérations de même but économique, un fait isolé d'exploitation ne suffit pas pour qu'il y ait délit. Le paragraphe 302 *e* (nouveau) du Code pénal

enfin le capital paragraphe 138 du Code civil, qui, cette fois sur le terrain du pur droit civil et par suite avec des conditions d'application bien autrement larges (1), prohibe, au nom de la moralité sociale, tout acte juridique entaché d'abus. « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul. — Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'autrui, obtient, pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation, on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante (2). »

L'Angleterre elle-même, terre classique du libéralisme, possède aujourd'hui des dispositions légales inspirées du même esprit. Par la loi du 8 août 1900, les juges ont été armés de pouvoirs discrétionnaires pour réduire à des taux *raisonnables* les prêts d'argent abusifs (3). Les lois agraires

exige une condition de plus : « Sera puni de la même peine, celui qui, *par métier ou habituellement...* »

(1) V. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 274.

(2) Traduction du Comité de législation étrangère. Rappr. de ce paragraphe 138, le paragraphe 343 qui vise les clauses pénales excessives. — Cf. aussi le paragraphe 655.

(3) « ART. 1. — ...S'il est établi aux yeux du tribunal que les intérêts exigés sont excessifs eu égard à la somme réellement prêtée, ou que la somme portée à titre de déboursés, renseignements, clauses pénales, bonis, primes, renouvellements ou frais quelconques, est excessive, et que, dans l'un et l'autre cas, l'opération est onéreuse et léonine, ou de telle nature qu'une Cour d'*equity* refuserait de la sanctionner, le tribunal peut modifier les clauses et conditions de ladite opération et établir un compte entre le prêteur d'argent et la personne poursuivie. Le tribunal peut également, nonobstant toute déclaration, tout compte antérieur ou toute convention nouvelle prétendant clore les opérations antérieures et effectuer novation, établir le compte à

de 1871 et de 1881, relatives à l'Irlande, leur avaient déjà conféré des pouvoirs semblables en matière de fermages usuraires (1).

La Suède a suivi les traces de la Grande-Bretagne. Le 14 juin 1901, elle édictait, mais en y attachant une sanction pénale, des dispositions analogues à celles de la loi anglaise de 1900.

Pour la Suisse, nous devons citer surtout, indépendamment des diverses lois cantonales de la fin du dernier siècle (2), le très important article 21 du nouveau Code des Obligations (Liv. V, C. civ.) (3), dont la sphère d'application, comme celle du paragraphe 138 allemand, s'étend à toute espèce de contrats léonins. Mentionnons enfin le paragraphe 957 du Projet de Code civil hongrois (4), imité lui aussi

nouveau, et décharger le défendeur du paiement de toute somme dépassant ce que le tribunal estimera devoir être raisonnablement dû en principal et intérêts, eu égard aux risques et aux circonstances de la cause » (trad. de Cugis, *Ann. lég. étr.*, 1901, p. 59 s.). — Sur certaines difficultés d'interprétation, v. P. Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, p. 174 s.

(1) V. A. de Tarde, *L'idée du juste prix*, p. 325 suiv. — Sur les tendances successives de la législation anglaise au XIX^e^ siècle, v. Dicey, *Le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIX^e^ siècle*, tr. fr., 1906.

(2) V. Brants, *op. cit.*, p. 95, n. 1. — *Adde* : l'article 182 de l'ancien Code fédéral des obligations (1881), et l'article 163 du Code des obligations de 1911.

(3) Promulgué le 30 mars 1911. Cet article 21 correspond à l'article 1036 modifié du projet de 1905. « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat. »

(4) V. Saleilles, *Bull. de la Soc. d'Et. lég.*, 1906, p. 221 ; Gerlier,

du paragraphe 138 B.G.B. La portée de tels textes dépasse singulièrement, on le comprend, la vieille question de l'usure. Par ces déclarations solennelles et de principe, c'est toute une conception nouvelle de la justice contractuelle qui pénètre dans le droit (1).

La législation française ne possède pas encore de dispositions aussi larges, bien qu'au dire de beaucoup nous en ayons un « irrésistible besoin » (2). Peut-être est-ce parce qu'à tout prendre les abus de la liberté des conventions ont été moindres chez nous qu'ailleurs (3). Bientôt, cependant, dans la matière spéciale du contrat de travail, nous aurons un texte de cet ordre, car les divers projets élaborés par la Société d'Études législatives, par le gouvernement et par la commission du travail de la Chambre des députés (4),

Stipulations usuraires dans le contrat de travail, thèse, 1907, p. 144 s. — Signalons aussi pour la Norvège la loi du 29 juin 1888, pour l'Espagne la loi du 23 juillet 1908, et, pour l'Italie, le projet du ministre Gianturco (21 nov. 1900 ; cf. *Rev. trim.*, 1907, p. 474) et la proposition Garofalo du 9 mai 1910 (Cf. Fubini, *Rev. trim.*, 1910, p. 690 s.).

(1) C'est surtout, en effet, à ce point de vue général, en tant que manifestations d'une conception législative nouvelle du contrat, que ces textes sont intéressants. Car il ne faut pas se dissimuler que leurs applications pratiques directes sont et resteront sans doute toujours assez rares (V. Brants, p. 120 s. ; Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, p. 182 s.). Il y a d'autres remèdes, plus efficaces, contre l'injustice usuraire. C'est, par exemple, l'organisation du crédit honnête et le développement des institutions professionnelles.

(2) G. Ripert, *Rev. crit.*, 1907, p. 202. — Cf. la thèse de M. Fortier (*Pouvoirs du juge*, Dijon, 1909).

(3) N'oublions pas d'ailleurs qu'en France la règle du taux maximum d'intérêt (L. 3 sept. 1807) a subsisté, au moins en matière civile.

(4) Voy. ces divers projets dans *Bulletin de la Soc. d'Et. lég.*, 1906 et 1908, ou dans Boissard, *Contrat de travail et salariat*, 1911, p. 251 s. Citons seulement l'article 11 du Projet gouvernemental (2 juill. 1906) : « Doit être considérée comme illicite toute clause du contrat de tra-

sont d'accord pour appliquer à ce contrat les principes du paragraphe 138 allemand et de l'article 21 du Code suisse des Obligations (1). Et tout porte à croire qu'une fois engagé dans cette voie, le législateur français ne s'arrêtera pas là (2),

vail par laquelle l'une des parties a abusé du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre pour lui imposer des conditions en désaccord flagrant, soit avec les conditions habituelles de la profession ou de la région, soit avec la valeur ou l'importance des services engagés ».

(1) Nous n'ignorons pas qu'entre ces divers projets il y a des différences assez notables (Cf. Boissard, *loc. cit.*) et de même entre le paragraphe 138 all., l'art. 21 helv., et le paragraphe 857 hongr. Cela tient à ce que si l'on est d'accord pour énoncer le principe général, savoir qu'il faut armer le juge du pouvoir de briser les conventions abusives, on cesse de l'être quand il s'agit de mettre en œuvre ce principe, et notamment de définir au point de vue de la technique juridique les caractères du nouveau chef de nullité ainsi admis. L'acte lésionnaire est-il nul en lui-même, comme étant objectivement contraire aux bonnes mœurs (§ 138 B. G. B.) ou à l'ordre public (§ 857 du Projet hongrois) ; ou bien la nullité doit-elle être rattachée à un vice du consentement chez la partie lésée (art. 21 suisse) ? La discussion de cette question nous entraînerait bien loin. — Voy. en des sens divers : Saleilles, *Décl. de vol.* (sur le § 138) et *Lettre sur le contrat de travail* (*Bull. de la Soc. d'Et. lég.*, 1906) et les thèses de MM. Perrin (1905), Gerlier (1907), E. Périn (*Lésion dans le contrat de travail*, 1908), Fortier (Dijon 1909) et P. Roubier (1911). — V. aussi les discussions de la Soc. d'Et. lég. (*Bulletin*, 1906). — C'est à la théorie allemande que vont nos préférences personnelles. Mais nous craignons bien qu'étant donné les traditions et les habitudes d'esprit des juristes français, elle ne s'acclimate plus difficilement chez nous que la conception suisse.

(2) Il faut signaler aussi, comme une manifestation intéressante de la lutte actuelle contre les contrats léonins, la loi du 8 juillet 1907 qui, pour remédier à certains abus commis dans les ventes d'engrais, donne à l'acheteur victime d'une majoration excessive des prix une action en réduction pour lésion de plus d'un quart. Nul n'eût pu prévoir, il y a seulement un quart de siècle, que la réduction pour lésion, si universellement condamnée par les économistes classiques, trouverait un jour application même en matière mobilière. — Rappr. de cette loi la loi belge du 21 décembre 1896 (art. 6) qui a le même objet.

et que, à l'instar de ses voisins, il chargera le juge de réprimer, dans toute convention, l'exploitation abusive d'autrui.

Ainsi tendent à se réintégrer dans les lois, dans les doctrines, dans les faits, les vieilles notions de juste prix, de juste salaire, de juste répartition des profits sociaux, qu'on disait à jamais condamnées (1). Par là même, les rapports du droit et de l'économie se renversent. Sous l'influence de l'école libérale, on avait réduit au minimum l'action régulatrice du droit. L'ordre juridique s'inclinait devant l'ordre économique (2). Le législateur et le juge devaient assister impassibles et indifférents au choc des intérêts supposés harmoniques ; il suffisait, assurait-on, que ce choc ne rencontrât aucun obstacle pour qu'il en résultât le plus

(1) On pourrait signaler bien d'autres manifestations de ces tendances (V. A. de Tarde, *op. cit.*), par exemple les décrets Millerand de 1899 (sur leur importante signification juridique et économique, v. A. de Tarde, p. 275 s., et Boissard, p. 196 s.) et les nombreuses propositions de lois sur le minimum de salaire (Cf. *supra*, chap. IV, sect. II, § 3, A). A noter aussi une solennelle affirmation du principe du juste salaire dans l'article 1er du projet de loi sur le contrat de travail qu'avait élaboré en 1902 le gouvernement italien : « Le contrat de travail, objet de la présente loi, est celui par lequel un ouvrier ou un autre travailleur manuel s'oblige au service d'un employeur ou patron, *moyennant une juste rémunération* (*mediante equa retribuzione*) que celui-ci s'oblige à lui fournir » (Voy. G. Bevilacqua, *Saggio su la legislazione operaia in Italia*, Turin, 1906, p. 190). Quel gouvernement aurait osé, il y a un demi-siècle, proposer un pareil texte ? — Mentionnons enfin, à l'encontre de l'amoralisme économique classique, l'important mouvement d'idées qui a déterminé la création des *ligues sociales d'acheteurs*. Voy. Deslandres, *L'acheteur, son rôle économique et social*, Paris, Alcan, s. d. [1911].

(2) Cf. cette affirmation caractéristique de Jourdan, qui ne faisait qu'exprimer l'opinion commune : « Lorsque, au nom de la science du droit, on vient prétendre qu'il faut qu'il y ait un juste prix (*justum pretium*), les économistes sont fondés à dire aux jurisconsultes : ceci nous regarde » (*Rapports entre le droit et l'économie politique*, 1885, p. 73).

grand bonheur pour chacun et pour tous. Or voici que les points de vue changent. On se remet à penser, comme jadis à l'époque médiévale, que l'activité économique doit se subordonner à un ordre supérieur, que le plus grand gain n'est pas toujours le plus grand bien, que le *maximum* de richesses n'en est pas l'*optimum* (1). On ne croit plus que la justice naisse toujours spontanément de la libre rencontre des forces économiques ; c'est parfois au droit à introduire d'autorité, parmi ces forces brutales, les principes d'ordre que requièrent les fins les plus élevées de la coopération sociale. En d'autres termes, au lieu de se mettre à la remorque de l'économie, le droit veut désormais la dominer, la diriger, la moraliser (2) ; et, au lieu d'enregistrer passivement les contrats, expression juridique du choc économique des intérêts, il veut les soumettre aux normes objectives du juste (3).

Ajoutons à cela que, dans les autres domaines juridiques (4), les thèses fondamentales de l'individualisme libéral ne cessent également d'être battues en brèche ; que, grâce aux développements de la « responsabilité objective » et à la prodigieuse extension prise par l'article 1382, il

(1) Cf. Brants, *op. cit.*, notamment p. 39 ; Duthoit, *Vers l'organisation professionnelle*, 1910 (Introduction).

(2) Sur cette idée que le rôle du droit est de servir d'intermédiaire entre l'ordre économique et l'ordre éthique et de faire pénétrer la justice dans les rapports nés du travail, de la propriété et de l'échange, voy. G. Richard, *Rev. phil.*, février 1912, p. 199 s.

(3) Ou, si l'on préfère, la justice contractuelle n'est plus conçue comme un *fait naturel*, mécaniquement déterminé par le jeu anarchique des libertés, mais comme une *exigence idéale* à laquelle les libertés doivent se plier.

(4) Sauf en matière de mariage. La théorie du mariage simple contrat et le développement du divorce sont en effet une consécration de la doctrine de l'autonomie. — Cf. *supra*, ch. IV, sect. II, § I.

devient de plus en plus fréquent d'être obligé sans contrat ; que, d'une manière générale, le droit se préoccupe de plus en plus du but de nos actes et de leur répercussion sociale avant de les qualifier ou non de licites (1) ; et que l'importante théorie de l'abus de droit, en acquérant partout droit de cité (2), inaugure partout « la conception vraiment sociale du droit subjectif » (3) ; et nous aurons décidément le droit de conclure, en dépit des affirmations d'une certaine école, que, pas plus pour le présent que pour le passé, le principe de l'autonomie de la volonté n'exprime la loi de l'histoire, l'idée directrice du droit civil tout entier (4).

(1) Comp. Crétinon, *Le point de vue individualiste et le point de vue social dans le droit*, *Sem. soc. de Bordeaux*, 1909, p. 134.

(2) Voy. notamment : C. civ. all., art. 226 et 826 ; C. civ. suisse, art. 2 et 679. Pour les dernières décisions de la jurisprudence française, voy. G. Ripert, *Rev. crit.*, avril 1912, p. 211.

(3) Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 2e éd., p. 370, n. 1. — Sur cette transformation actuelle de la notion de droit, voy. Charmont, *La socialisation du droit*, *Rev. de mét. et de mor.*, 1903, et E. Gaudemet, *Les codifications récentes et la revision du Code civil*, dans *Livre du Centenaire*, p. 978 s.

(4) Sur la place faite à la volonté individuelle dans le droit contemporain, on pourra consulter aussi, outre les travaux déjà cités, l'étude (en cours de publication) de M. Raoul de la Grasserie : *De la volonté comme source d'un droit* (*Rev. crit.*, 1911, p 300 s., et p. 597 s. *passim*, notamment, p. 606 s. ; et 1912, p. 98 s.). — Voy. encore, sur l'évolution actuelle du droit contractuel : Vivante, *L'influenza del socialismo nel diritto privato*, 1902 (trad. dans *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1903, p. 33 s. et 65 s.) ; Bouglé, *Le solidarisme*, 1907, p. 91 s.

CONCLUSION

Résumons-nous.

Le but premier de notre travail fut de définir le rôle de la volonté individuelle dans la création des obligations et des droits. Mais à peine nous mettions-nous à l'œuvre que nous rencontrions une doctrine considérable, d'essence individualiste, qui, à raison de son influence sur l'esprit des juristes, mérite assurément le titre de classique, et qui, affirmant la volonté libre comme la source initiale et la fin suprême de l'ordre juridique, exalte partout l'idée de contrat et fait de la liberté illimitée des conventions l'unique principe régulateur des relations humaines. A l'examen de cette doctrine s'est borné tout notre effort.

Nous en avons d'abord raconté brièvement l'histoire et dégagé les postulats fondamentaux (ch. I). Puis est venue la critique. Avant de nous attaquer aux fondements mêmes de la doctrine, nous avons cru d'une bonne méthode d'en étudier auparavant les principales applications, de suivre pas à pas ses multiples errements, de confronter avec les faits, avec les besoins sociaux, avec les aspirations légitimes de la conscience juridique les théories particulières qu'elle a inspirées. Trois longs chapitres furent consacrés à cette tâche (ch. II, III et IV). Une fois préparée par la critique des conséquences, celle des principes devenait plus aisée : elle fit l'objet d'un chapitre important (ch. V). Il ne nous restait plus dès lors qu'à enlever à la doctrine de l'autonomie le point d'appui qu'elle croit trouver dans l'histoire : c'est par quoi nous avons terminé.

Et maintenant, formulons nos conclusions.

L'idée essentielle qui ressort de cette étude, c'est qu'il faut renoncer à trouver dans « la liberté de la volonté » le principe et le but de l'ordre juridique. La volonté n'est ni la cause efficiente, ni la cause finale du droit ; elle n'en est que la cause instrumentale. Si le droit se réalise par elle, il ne réside pas en elle ; il la domine, comme toute fin domine ses moyens. Les rapports établis par la doctrine classique entre la volonté et le droit doivent donc être renversés : c'est la volonté qui est au service du droit, et non pas le droit au service de la volonté (1). De même qu'au-dessus de la souveraineté des nations, prétendue absolue et illimitée, il y a un droit international, qui rend cette souveraineté simplement relative (2), une justice sociale universelle, dont les Etats sont les agents de réalisation ; et de même qu'au-dessus de la volonté législative, que d'aucuns affirment omnipotente, il existe un droit objectif (3), immanent à la nature des choses, dont la loi positive n'est que la « révélation empirique » ; de même au-dessus de l'autonomie juridique privée il y a des normes de justice et de solidarité, que la convention individuelle constate et met en œuvre, mais qui la dominent, la règlent et la jugent (4).

Si donc il faut, pour le bien général de la vie sociale, que l'on respecte les contrats, il faut aussi, il faut d'abord que les contrats respectent la justice. Le contrat n'a pas droit à

(1) Cf. Saleilles, *Personnalité juridique*, 1910, p. 531 et 618.

(2) Cf. L. Bourgeois, *Pour la société des nations*, 1910.

(3) Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901.

(4) Les trois théories que nous repoussons ici en bloc sont en effet trois théories sœurs, qui procèdent des mêmes postulats et qu'il y aurait souvent intérêt à examiner de front. Il serait bon notamment de faire pénétrer l'idée d'*abus de droit* dans les relations internationales et dans le domaine de l'activité législative.

la protection légale simplement parce qu'il est le contrat, c'est-à-dire une manifestation de volonté individuelle : sa valeur juridique ne se fonde et ne se mesure que sur sa conformité au bien commun et à l'équité. Pas plus que la *lex publica*, la *lex privata contractus* ne constitue toujours par elle-même le *droit*. Ni de l'une ni de l'autre on ne peut dire avec Rousseau : « Le souverain, par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être. » Et il est des cas où, suivant un mot célèbre, il faut sortir de la *légalité* pour rentrer dans le *droit*. En d'autres termes, le législateur et le juge n'ont pas à s'incliner les yeux fermés devant toutes les conventions. C'est leur devoir de veiller à ce que, sous le pavillon du contrat, ne pénètrent dans la cité juridique des marchandises de contrebande que l'ordre social prohibe. Ils ont le droit de rechercher, de démasquer les exploitations et les injustices qui se dérobent sous le couvert hypocrite de la liberté des conventions.

Aussi bien, ce grand principe de la liberté des contrats, que formule l'article 1134 du Code civil, ne repose aucunement, nous l'avons établi, sur le concept abstrait de l'autonomie de la volonté, mais sur une présomption de justice. Il n'a de valeur que dans la mesure où il assure en fait la satisfaction équitable des intérêts de chacun et de tous. Si donc l'expérience démontre que dans tel ou tel cas il ne suffit plus à cette tâche, si, en d'autres termes, la présomption qui lui sert de fondement est contredite par la réalité, c'est alors la mission du droit d'en limiter, d'après les possibilités du moment, le champ d'application et de substituer l'autorité à la liberté dans la régulation des rapports humains. Contre ces restrictions de l'autonomie contractuelle, on pourra certes invoquer souvent des raisons d'opportunité et des difficultés de réalisation pratique ; mais ce n'est pas

au nom de prétendus principes abstraits, absolus et intangibles, que les juristes auront le droit de s'y opposer.

Et puis, le contrat n'est pas tout. Il y a les institutions. La société ne consiste pas seulement en un vaste réseau de contrats individuels ; elle est aussi un ensemble organique d'institutions vivantes : familles, associations, groupements locaux, corps professionnels, etc..., dont le fonctionnement normal implique forcément d'importantes limitations à l'autonomie idéale des volontés individuelles. C'est ce que n'a pas compris l'individualisme. Alors même qu'il ne va pas jusqu'à dénier à ces institutions toute réalité juridique, il en méconnaît totalement la vraie nature en voulant les emprisonner dans une sphère strictement contractuelle. Nous n'avons cessé de protester contre cette déplorable tendance à faire du contrat l'indispensable support de toute situation juridique. Et ce fut un des principaux objectifs de la présente étude que de montrer l'impérieuse nécessité pour le droit de donner enfin aux « institutions spontanées » et aux organismes sociaux naturels la figure juridique propre qu'ils postulent.

Nous ne faisons aucune difficulté de reconnaître que certaines de nos conclusions restent imprécises et vagues, ou plutôt trop exclusivement négatives. Cela tient à l'objet même auquel s'est bornée notre étude. Il s'agissait de critiquer la doctrine individualiste classique, d'en dénoncer les erreurs et les lacunes, beaucoup plus que de faire œuvre proprement constructive. Il resterait maintenant à déterminer de façon directe et positive la fonction qui incombe à la volonté dans l'économie du système juridique, à dire ce qu'est cette justice dont elle constitue l'instrument de réalisation, à fixer les rapports de la volonté individuelle non

plus avec le droit en général, mais avec la loi positive et l'Etat.

Nous nous heurterions alors à une doctrine venue de l'extrémité opposée de l'horizon juridique, qui ne se contente pas de rejeter, comme nous l'avons fait nous-même, le dogme d'une autonomie initiale et souveraine des volontés individuelles, mais qui, substituant à l'absolu individualisme ce qu'on pourrait appeler un socialisme intégral, fait de la collectivité, — représentée en fin de compte, qu'on le veuille ou non, par l'Etat, — le principe, la mesure et la fin de tout droit (1). Dans la conception que nous avons combattue, il n'y avait que des droits individuels, ou du moins la société ne possédait d'autres droits que ceux que lui concédaient les volontés individuelles par le pacte social ou ses succédanés. Dans la pure doctrine sociale, au contraire, il n'y a plus que du droit social ; les prétendus droits de l'individu ne sont que des « reflets » ou des « réflexes » du droit social. Non seulement la société en détermine seule le contenu et les limites, mais c'est elle qui seule confère à l'individu l'aptitude initiale à les posséder (2) et qui crée sa personnalité juridique : celle-ci n'est en quelque sorte qu'une

(1) Ces tendances nouvelles sont représentées par l'école socialiste proprement dite (v. notamment les divers travaux, déjà cités, de M. E. Lévy), par l'école positiviste de M. Durkheim, et, à certains égards, mais à certains égards seulement, par M. L. Duguit (*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901 ; *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*, 2e éd., 1911). Pour la critique, v. Saleilles, *L'origine du droit et du devoir*, *Rev. de phil.*, 1909, t. XV, p. 155 s. ; *Personnalité juridique*, 1910, p. 379 s. et p. 545 s. ; Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 64 s., 542 s. ; G. Richard, *La sociologie juridique et la défense du droit subjectif*, *Rev. phil.*, mars 1912, p. 225 s.

(2) Sur cette distinction, voy. Saleilles, *Pers. jur.*, p. 381.

personnalité d'emprunt (1). Bien loin de reposer d'une façon quelconque sur la volonté de l'individu (2), ces « droits reflets » ne sont pas même exercés par lui de son chef et en son nom propre, mais seulement par une délégation de la collectivité ; donc droits essentiellement précaires, toujours sujets à révision, voire à révocation — et à révocation sans indemnité — de la part des interprètes successifs de la solidarité sociale (3).

Le lecteur sait déjà que cette conception n'est pas la nôtre. Elle va à l'encontre des affirmations les plus universelles et les plus constantes de la conscience humaine. S'il est vrai que, comme nous l'affirmions plus haut contre le pur individualisme, *nul n'a de droit s'il n'est dans le droit*, il est vrai aussi que *le droit n'est rien si je ne puis dire* : *mon droit* (4), c'est-à-dire si, simple cellule de l'organisme social, je n'ai pas une personnalité juridique qui m'appartienne en propre, si aucun idéal, aucun principe de justice individuelle ne limite et ne règle l'absolutisme tyrannique de la collectivité et de l'Etat. L'idée de droit implique l'idée

(1) E. Lévy, *Rev. trim.*, 1903, p. 103 : « La conscience collective, à laquelle chacun d'entre nous emprunte sa personnalité... ». — Cf. Ch. Andler, Préface de l'*Affirmation du droit collectif*, de M. Lévy, p. 6 : « Il n'y a pas de droit en soi. Il n'y a de droit que le droit conféré par la société. »

(2) Dans ce système on va parfois, nous l'avons vu, jusqu'à considérer la volonté juridique comme une « idole » (E. Lévy, *Rev. soc.*, 1911, p. 242), comme un « écho » (*ibid.*), une « étiquette » (E. Lévy, *Rev. de mét. et de mor.*, 1911, p. 414) ou un reflet des croyances et des représentations collectives (cf. *Rev. trim.*, 1910, p. 720), bref comme une sorte d'illusion d'optique intermentale, qu'expliqueraient sans doute les lois mieux connues de l'idéation collective.

(3) Cf. Saleilles, *op. cit.*, notamment p. 554. En fait, c'est l'Etat qui s'érige en interprète souverain de la solidarité sociale.

(4) Rappr. de cette formule : Saleilles, *Rev. de phil.*, 1909, t. XV, p. 157.

de quelque chose qui s'impose au respect de l'Etat en même temps qu'à celui de l'individu, qui par conséquent se réfère à un point de vue supérieur à l'individu et à l'Etat. Si le droit n'est pas purement individuel, il n'est pas non plus purement social (1). Pour le comprendre intégralement, il faut aller « au delà du point de vue social » (2).

Ou plutôt, nous consentons bien à ce qu'on attribue au droit une essence exclusivement sociale, mais c'est à la condition que la société à laquelle on le rapporte comme à sa source ne soit pas cette communauté restreinte dont l'Etat est l'organe, mais cette *societas generalis sub rectore Deo* dont parle quelque part Leibniz (3), et que par conséquent on le rattache à l'ordre universel du monde et aux fins supérieures de l'humanité. Ainsi conçu, le droit cesse de s'absorber tout entier dans l'organisme politique ou économique. Simple fragment de l'ensemble des choses, l'Etat n'est plus la fin juridique suprême, mais un simple « moyen de civilisation » (4). Comme l'individu, il est limité et dominé par le droit. A l'emprise exclusive de la société, aux velléités tyranniques des pouvoirs publics, la personne humaine peut opposer les exigences supérieures de sa destinée, c'est-à-dire de ce rôle d'homme qu'elle a à remplir ici-bas en fonction de l'ordre général du monde. Si donc,

(1) Cf. Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, *Liv. du Centenaire*, p. 110.

(2) Ch. Boucaud, *Rev. de phil.*, 1909, t. XIV, p. 222. Il faut, dit M. Gény, « descendre jusqu'aux racines de la constitution même de l'humanité » (*Méthode d'interprétation*, p. 461), et « ausculter le mystère du monde » (*Les méthodes juridiques*, 1911, p. 185).

(3) Leibniz, *Monita quaedam ad S. Puffendorfii principia*, § V ; — V. aussi *Observationes de principio juris*, § XI, dans *Opera omnia*, éd. Dutens, 1768, t. IV, 3e partie.

(4) Hauriou, *op. cit.*, p. 703.

philosophiquement parlant, il n'y a pas de droits individuels absolus, il y a du moins, au regard des collectivités et de l'Etat, des droits individuels relatifs, qui, sans doute, sont toujours conditionnés par le milieu social, où mutuellement ils se limitent et se compénètrent, mais qui n'en ont pas moins leur point d'appartenance dans l'individu lui-même. Ce sont de véritables droits subjectifs, dont la volonté constitue l'organe actif et vivant de mise en œuvre et qu'elle exerce à ses risques et périls.

On nous objectera peut-être qu'en envisageant ainsi les choses, nous allons en plein dans la métaphysique, et que nous retournons à la vieille conception si discréditée du droit naturel. Le reproche n'est pas pour nous émouvoir. Ce serait, croyons-nous, d'une science bien courte de réduire le droit à un ensemble de faits objectifs extérieurs aux consciences humaines, et d'en bannir systématiquement, sous prétexte de positivisme, ces notions idéales de justice individuelle et de destinée personnelle, qui, toujours vivantes dans les pensées des hommes, ont joué un si grand rôle dans l'histoire du développement juridique (1). Aussi bien,

(1) Cf. Saleilles, *Rev. de phil.*, t. XV, p. 158. — On a beau dire et redire que ces notions supra-empiriques sont purement subjectives, inconsistantes, variables, qu'aucune de leurs manifestations ne saurait réunir l'unanimité morale des esprits ; ce sont là des exagérations manifestes. Sous les désaccords de surface, on découvrirait aisément, même de nos jours, parmi les hommes un fonds général d'idées communes. Et l'on pourrait fort bien dire de la métaphysique juridique ce que M. Boutroux dit quelque part de la morale, savoir que si la métaphysique des philosophes est diverse dans ses théories et dans ses démonstrations, il n'y en a pas moins dans les consciences humaines une métaphysique vivante, encore qu'imparfaitement définie, dont s'inspire en fait, plus ou moins consciemment, la législation positive.

le discrédit dont on parle n'aura sans doute qu'un temps. On revient, en effet, du pur positivisme de l'école historico-sociale. De plus en plus on reconnaît l'impossibilité de constituer une science intégrale du droit à l'aide de données purement empiriques (1). Telle est même la vigueur du renouveau d'idéalisme qui s'affirme de toutes parts (2), qu'on a déjà pu saluer la *Renaissance du droit naturel* (3) comme la seule solution de la *Crise actuelle de la philosophie du droit* (4).

(1) Sur l'impossibilité d'une science juridique purement positive, voy. Gény, *Rev. crit.*, 1901, p. 508-510 ; G. del Vecchio, *Sulla positività come carattere del diritto*, Modène, 1911. Kant disait très justement (*Doctrine du droit*, tr. Barni, p. 43) : « Une doctrine du droit purement empirique peut être (comme la tête de bois dans la fable de Phèdre) une fort belle tête, mais hélas ! sans cervelle. »

(2) V. parmi les multiples manifestations de ces nouvelles tendances : R. Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896 ; *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, Gény, *Méthode d'interprétation*, 1899, p. 461 s. et p. 473 s. ; Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, *Rev. trim.*, 1902, p. 80 s. ; G. del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, 1905 ; C. Bouglé, *Le solidarisme*, 1907, p. 80 s. ; J. Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, Vorrede ; P. Hans, *La notion du droit*, *Ann. de phil. chrét.*, 1910, p. 399 s. ; *Les méthodes juridiques*, 1911, p. 58 s. (Larnaude) et p. 185 s. (Gény) ; G. Platon, *Pour le droit naturel*, 1911 ; R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 18 s., et l'ouvrage de Charmont cité à la note suivante. — Voy. encore, sur la réhabilitation actuelle du droit subjectif contre les excès des écoles sociologiques, G. Richard, *Rev. phil.*, 1912, p. 192 s., 225 s., 414 s.

(3) Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910.

(4) Ehrhardt, *La crise actuelle de la philosophie du droit*, 1908. — Cf. Giuseppe Carle, *La crisi nella filosofia del diritto*, *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, t. 30, 1900, p. 301 s. ; Aillet, *Les incertitudes de la philosophie du droit*, *Rev. de métaph. et de mor.*, 1911, p. 258 s. — Il s'agit, bien entendu, d'un droit naturel rajeuni, réconcilié avec l'histoire et avec les lois mieux connues du développement social (cf. Ch. Boucaud, *Rev. de phil.*, déc. 1911, p. 678 s.), donc moins exclusivement statique, soucieux de progrès en même temps que d'ordre. « Le droit éternel marche dans le temps », dit quelque part Vico.

Mais si, de ce point de vue supérieur, nous sommes conduits à réhabiliter l'idée de justice personnelle et de droit subjectif, les pouvoirs juridiques propres que par là même nous reconnaissons aux volontés individuelles n'en demeurent pas moins des missions, des fonctions. Ce sont des compétences, plutôt que des libertés, du moins au sens de la philosophie individualiste. Il reste vrai que l'ordre juridique n'a pas à se plier à toutes les fantaisies, à tous les caprices des volontés privées, mais seulement à celles de leurs manifestations qui tendent ou sont socialement présumées tendre à des fins objectivement légitimes. Seule la volonté *juste* a droit à la protection de la loi. En d'autres termes, et pour tout résumer d'un mot, le principe du contrat et de tout le droit privé n'est pas : *Que la volonté de l'individu soit faite* ! Mais : *Que par la volonté de l'individu la justice s'accomplisse* !

Vu :
E. GAUDEMET.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de droit
de l'Université de Dijon,
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. BOIRAC.

BIBLIOGRAPHIE *

Aubry. — Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé, *Journal de droit international privé* (Clunet), 1896, p. 465 s. et 721 s.

Beudant (Ch.). — Le droit individuel et l'Etat. Paris, Rousseau, 1891.

Bevilacqua. — Saggio su la legislazione operaia in Italia. Turin, 1906.

Boissard. — Contrat de travail et salariat, Paris, Bloud, 1911.

Boistel. — Philosophie du droit, 2 vol. Paris, Fontemoing, 1899.

Bonfante. — Sulle concezioni tedesca e francese del contratto, *Rivista di diritto commerciale*, 1909, I, p. 249 s.

Boucaud (Ch.). — L'évolution juridique et les tendances sociales, *Chronique sociale*, 1910, p. 427 s.

Bouglé. — Le solidarisme (Chap. III). Paris, Giard et Brière, 1907.

Brants. — La lutte contre l'usure dans les lois modernes, Louvain-Paris, 1907.

Brocher. — La genèse du contrat, *Revue générale du droit*, 1897, p. 517 s.

Bufnoir. — Propriété et contrat, Paris, Rousseau, 1900.

Bulletin de la Société d'études législatives, années 1905 s. : rapports, discussions et documents divers relatifs au contrat de travail.

Bülow. — Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 64, 1881, p. 1-109.

* Parmi les travaux que nous avons utilisés, ne figurent dans cette liste que ceux présentant, eu égard à l'ensemble des problèmes étudiés, une certaine importance. La bibliographie spéciale des diverses questions particulières qu'il nous a fallu aborder a été indiquée en note, au fur et à mesure que l'occasion s'en présentait.

— Das Geständnissrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen. Theorie der Rechtshandlungen. Freiburg i. B., Mohr, 1899.

Capitant. — Introduction à l'étude du droit civil. Paris, Pedone, 3e éd., 1912.

Charmont. — La socialisation du droit, *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 380 s.

Le Code civil, Livre du Centenaire (par divers auteurs). Paris, Rousseau, 1904.

Crétinon. — Le point de vue individualiste et le point de vue social dans le droit, *Semaine sociale de Bordeaux*. Lyon-Paris, 1909, p. 127 s.

— L'autorité et le contrat, *Chronique du Sud-Est*, 1907, p. 317 s.

Daguesseau. — Mémoire sur le commerce des actions, *Œuvres*, éd. de 1777, t. X, p. 169 s.

Demogue. — Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, p. 245-310.

— Notions fondamentales du droit privé. Paris, Rousseau, 1911.

Dereux. — Etude des diverses conceptions actuelles du contrat, *Revue critique*, 1901, p. 513 s ; 1902, p. 105 s.

— De l'interprétation des actes juridiques privés. Th. Paris, 1905.

— Sulle concezioni tedesca e francese del contratto, *Riv. di dir. comm.*, 1909, I, p. 249 s.

— De la nature juridique des « contrats d'adhésion », *Rev. trim.*, 1910, p. 503.

Desbuquois. — La loi du juste prix, *Mouvement social*, 1911, p. 867 s.

Deslandres. — Etude sur le fondement de la loi, *Revue du droit public*, t. 25, 1908, p. 5 s.

Dicey. — Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au XIXe siècle. Ed. fr., Paris, Giard et Brière, 1906.

Dubreuil (L.). — Des mobiles dans les contrats. Th. Lyon, Paris, Rousseau, 1909.

Duguit. — L'Etat, le droit objectif et la loi positive. Paris, Fontemoing, 1901.

— Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat, 2e éd. Paris, Alcan, 1911.

Durkheim. — De la division du travail social. Th. Lettres, 2e éd. Paris, Alcan, 1902.

Duthoit. — Vers l'organisation professionnelle. Reims-Paris, 1910.

— L'injustice usuraire vis-à-vis du droit moderne, *Semaine sociale de Rouen*. Lyon-Paris, 1910, p. 203 s.

Ehrlich. — Das zwingende und nichtzwingende Recht im B. G. B. für das deutsche Reich. Iéna, 1899.

Fortier (G.). — Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion. Th. Dijon, 1909.

Fouillée. — L'idée moderne du droit, 2e éd. Paris, Hachette, 1883.

— La science sociale contemporaine, 2e éd. Paris, Hachette, 1885.

Galliot. — De la déclaration de volonté dans les contrats. Th. Caen, 1903.

Gaudemet (E.). — Les codifications récentes et la révision du Code civil, *Livre du Centenaire*. Paris, Rousseau, 1904, t. II, p. 967 s.

Gauguier. — De l'interprétation des actes juridiques. Th. Paris, 1898.

Gény. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris, Chevalier et Marescq, 1899.

Gerlier. — Des stipulations usuraires dans le contrat de travail. Th. Paris, Giard et Brière, 1907.

Gianturco. — L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale. Diss. Naples, 1891.

Grasserie (R. de la). — De la volonté comme source d'un droit, *Rev. crit.*, 1911, p. 300 s., p. 597 s. ; 1902, p. 98 s., 246 s. (en cours de publication).

— Etude sur l'inégalité dans les contrats en droit comparé, *Bull. de la Soc. de lég. comp.*, 1911, p. 482 s.

Hauriou. — L'institution et le droit statutaire, *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, p. 134 s.

— Principes de droit public. Paris, Larose et Tenin, 1910.

Hauriou et de Bezin. — La déclaration de volonté en droit administratif français, *Rev. trim.*, 1903, p. 543 s.

Hayem (F.). — De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs. Th. Paris, 1899.

Hitze (Fr.) — Capital et travail et la réorganisation de la société, éd. fr. par Weyrich. Louvain, 1898.

Huvelin. — Les tablettes magiques et le droit romain (Extrait des *Ann. intern. d'hist.*). Macon, Protat, 1901.

— Magie et droit individuel, *Année sociologique*, X, 1905-1906, p. 1 s.

— V° *Obligatio*, dans le *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines* de Daremberg et Saglio, t. VII, p. 133 s.

Japiot. — Des nullités en matière d'actes juridiques. Th. de Dijon, Paris, 1909.

Jourdan. — Des rapports entre le droit et l'économie politique. Paris, Rousseau, 1885.

Ihering (R. von). — Esprit du droit romain, trad. de Meulenaere, t. IV. Paris, Marescq, 1878

— Der Zweck im Recht, t. I, tr. de Meulenaere, 1901.

Kant. — Eléments métaphysiques de la doctrine du droit (1796), tr. Barni, 1853.

Kohler. — Ueber den Willen im Privatrecht, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1889, p. 166-286.

Korkounov. — Théorie générale du droit, tr. Tchernoff. Paris, Giard et Brière, 1903.

Lefèbvre. — Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ? *Nouv. rev. hist.*, 1902, p. 300 s.

Léon XIII. — Encycliques *Libertas* (1888) et *Rerum novarum* (1891).

Lévy (E.). — Responsabilité et contrat, *Rev. crit.*, 1899, p. 361 s.

— L'exercice du droit collectif, *Rev. trim.*, 1903, p. 95 s.

— La confiance légitime, *Rev. trim.*, 1910, p. 717 s.

— Volonté et arbitrage, *Rev. socialiste*, 15 mars 1911.

Lorin. — Idée individualiste ou idée chrétienne comme fondement du droit, *Semaine sociale de Bordeaux*, 1909, p. 53 s.

— La société professionnelle, *Chronique sociale*, décembre 1909 et janvier 1910.

Meynial. — La déclaration de volonté, *Rev. trim.*, 1902, p. 545 s.

Meyer (R. P. Th.). — Institutiones juris naturalis. Fribourg, Herder, t. I, 2e éd., 1906 ; t. II, 1900.

Michel (H.). — L'idée de l'Etat, 3e éd. Paris, Hachette, 1898.

Michoud. — La notion de personnalité morale, *Rev. du dr. publ.*, 1899, t. I, p. 5 s. et p. 193 s.

Pascaud. — Du principe que les contrats entre majeurs ne sont pas rescindables pour cause de lésion, *Revue générale du droit*, 1895, p. 486 s.

Périn (E.). — De la lésion dans le contrat de travail. Th. Paris, 1908.

Perozzi. — Le obbligazioni romane. Bologne, Zanichelli, 1903.

Perrin (J.). — Essai sur la réductibilité des obligations excessives. Th. Paris, 1905.

Perrin (X.). — La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques. Th. Dijon, 1911.

Polier. — L'idée du juste salaire. Essai d'histoire dogmatique et critique. Th. Toulouse. Paris, 1903.

Portalis. — Exposé de motifs, présenté à la séance du Corps législatif du 7 ventôse an XII (27 févr. 1804) sur le contrat de vente. Locré, t. XIV, p. 140 s.

Ripert. — Examen doctrinal de jurisprudence civile, *Rev. crit.*, 1907, p. 193 s.

Rouast (A.). — Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations. Th. Lyon. Paris, Rousseau, 1909.

Roubier (P.). — Essai sur la responsabilité précontractuelle. Th. de Lyon. Paris, Rousseau, 1911.

Rousseau (J.-J.). — Du Contrat social, éd. Dreyfus-Brisach. Paris, Alcan, 1896.

Saleilles. — Les accidents du travail et la responsabilité civile. Paris, Rousseau, 1897.

— Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand, 2e éd. Paris, Pichon, 1901.

— De la déclaration de volonté. Paris, Pichon, 1901.

— Introduction à l'étude du droit civil allemand. Paris, Pichon, 1904.

— De la responsabilité précontractuelle, *Rev. trim.*, 1907, p. 697 s.

— L'origine du droit et du devoir, *Rev. de philos.*, t. XV, 1909, p. 140 s.

— De la personnalité juridique. Histoire et doctrines. Paris, Rousseau, 1910.

Schatz (A.). — L'individualisme économique et social. Paris, Colin, 1907.

Schlossmann. — Der Vertrag. Leipzig, 1876.

Stammler. — Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin, Guttentag, 1902.

Tarde (A. de). — L'idée du juste prix. Th. Paris, 1906.

Tarde (G.). — Les transformations du droit. Paris, Alcan, 1893.

Tissier. — De la déclaration de volonté, *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1903, t. I, p. 187 s.

Vareilles-Sommières (de). — Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois. Paris, Pichon, 1899.

Vialatoux. — Devoirs et droits collectifs, *Chronique sociale*, décembre 1910, p. 469 s.

Vivante. — L'influenza del socialismo sul diritto privato. Diss.

inaug. Rome, 1902. Trad. dans *Questions pratiques de législation ouvrière*, 1903, p. 33 s. et p. 65 s.

Windscheid. — Wille und Willenserklärung, *Archiv für die civil. Praxis*, t. 63, 1880, p. 72-112.

— Lehrbuch des Pandektenrechts, 7e éd. Francfort-sur-le-Main, 1891, t. I.

Worms. — De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations. Th. Paris, Giard, 1891.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION. 1

1. — Notions sommaires sur le principe juridique de l'autonomie de la volonté 1

2. — La littérature juridique classique et ses insuffisances. . . 7

3. — Opportunité d'une étude générale du rôle de la volonté dans le droit. *a*) Les transformations du commerce juridique ; les contrats d'adhésion. *b*) Les théories nouvelles radicalement hostiles au principe d'autonomie. *c*) Relation du problème de l'autonomie de la volonté avec les questions sociales les plus actuelles. *d*) Opportunité pour notre jurisprudence d'un « examen de conscience ». . . 12

4. — Délimitation du sujet de la présente étude. 25

CHAPITRE PREMIER. — **La doctrine individualiste classique de l'autonomie de la volonté**. 27

Exposé sommaire de la philosophie juridique de l'individualisme classique 27

SECTION I. — *Origines et développement historique de la doctrine classique* 30

1. — Comment certaines habitudes d'esprit des juristes lui ont préparé les voies. 30

2. — La « laïcisation » du droit naturel et ses conséquences . . 32

3. — L'évolution des idées politiques ; l'affirmation du droit individuel et les principes de 1789. 36

4. — Le « débordement du commerce juridique ». Les Economistes et le principe de la liberté des contrats 40

5. — Les théoriciens : Rousseau et la doctrine du Contrat social. Conséquences juridiques de cette doctrine. 45

6. — Kant, Fichte et l'école allemande dite du droit naturel . . 53

7. — La philosophie juridique française au XIX^e^ siècle 58

SECTION II. — *Les deux postulats fondamentaux de la doctrine individualiste classique* 61

1. — Nul ne peut être obligé sans l'avoir voulu. Le dogme contractuel et ses conséquences 61

2. — Tout engagement librement voulu est juste. 73

Remarques diverses au sujet de l'exposé qui précède. Objet des chapitres suivants 80

CHAPITRE II. — La doctrine de l'autonomie de la volonté et la théorie générale des lois de droit privé 85

Remarques critiques sur la théorie classique des lois, inspirée par la doctrine de l'autonomie de la volonté :

1. — De la division traditionnelle de l'ensemble des lois en deux groupes : les unes impératives ou d'ordre public, les autres interprétatives ou supplétives des volontés privées . 88

2. — De la prétendue présomption générale en faveur du second groupe 98

3. — De la tendance classique à voir avant tout dans les lois « d'ordre public » des protections données à des libertés. 99

4. — De l'explication des lois non-impératives par des contrats tacites et des présomptions de volonté. Etude de quelques exemples : succession *ab intestat*, communauté légale, autres exemples 103

CHAPITRE III. — La doctrine de l'autonomie de la volonté et la théorie de l'acte juridique 119

SECTION I. — *Fondement de la force obligatoire de l'acte juridique.* 121

Le problème et son importance. Lacunes de nos traités classiques. Liberté individuelle et autonomie contractuelle. Influence latente des principes individualistes exposés au chapitre I. Renvoi.

SECTION II. — *Éléments constitutifs de l'acte juridique* 131

§ 1. — Exposé de la doctrine classique : la volonté, seul facteur essentiel de l'acte juridique 131

§ 2. — Critique 137

1. — Observations générales : conception individualiste et conception sociale de l'acte juridique 138

2. — De quelques exemples nettement inconciliables avec la théorie de la volonté. Limite des conclusions qu'ils autorisent. 143

3. — Insuffisance de la considération de la seule volonté pour déterminer le moment où naissent les obligations. Le « concours » des volontés. Contrats entre absents ; contrats entre présents 148

4. — Les petits contrats de la vie courante et le commerce contemporain. Enseignements qui s'en dégagent. Prédominance croissante du principe de la confiance légitime sur celui de la volonté. 157

5. — Conclusion. 164

SECTION III. — *Interprétation de l'acte juridique*. 171

1. — Exposé de la théorie classique 171

§ 2. — Critique de la théorie classique. 179

A. — Critique de l'explication traditionnelle des articles 1134, alinéa 3, et 1135 180

1. — La loi et l'interprétation de l'acte juridique. Réfutation du système des présomptions de volonté. Distinctions à établir 180

2. — L'usage et le principe des volontés tacites 192

3. — L'équité, la bonne foi 194

Véritable sens de l'article 1135 197

B. — Rôle du juge dans l'interprétation des actes juridiques. 199

1. — Le principe de la recherche et du respect de la volonté des parties. Portée de ce principe. Limites inévitables de son champ d'application. Les volontés fictives. 199

2. — Mission du juge dans le silence des volontés et en l'absence de sources juridiques formelles. Le juge « ministre d'équité ». 210

3. — Objection : le danger d'arbitraire. Réponse. Le contrôle de la Cour de cassation en matière d'interprétation. 215

APPENDICE : les contrats d'adhésion 227

CHAPITRE IV. — **Volonté individuelle et droit objectif**. . . . 232

SECTION I. — *De la tendance classique à attribuer à la volonté individuelle des effets de droit objectif*. 233

Etude de quelques exemples :

1. — Quasi-contrats 233

2. — Contrats réels 237

3. — Paiement, occupation, etc... Effets de droit procédant *cum voluntate* et effets de droits procédant *ex voluntate*. 240

4. — Aveu. Reconnaissance d'enfant naturel 248

SECTION II. — *Méconnaissance par la doctrine classique des « situations de droit objectif » et des « institutions »* . . . 253

§ 1. — Droit familial. — Influence de la théorie de l'autonomie. Mariage-contrat et divorce. Réalité juridique de la famille comme institution 255

§ 2. — Droit des associations et des sociétés. Théorie contractuelle et théorie institutionnelle 262

§ 3. — Contrat de travail et droit professionnel 276

1. — Méconnaissance par la doctrine individualiste des principes supérieurs de droit objectif dominant le contrat de travail 277

2. — Distinction à établir entre le droit né du *contrat* et le droit dérivant de la *situation* consécutive au contrat. . 282

3. — L'usine en tant qu'organisme institutionnel. Nature juridique du règlement d'atelier : théorie contractuelle et théorie institutionnelle. Encore les contrats d'adhésion. 289

4. — Solidarité professionnelle et contrat 306

CHAPITRE V. — Réfutation générale de la doctrine de l'autonomie 318

SECTION I. — *La conception individualiste de l'homme, point de départ de la doctrine de l'autonomie*. 319

Critique sommaire de cette conception. Robinsonisme social. Conséquences juridiques qu'entraîne l'abandon de la perspective individualiste.

SECTION II. — *La volonté comme fondement du droit*. 332

§ 1. — La volonté comme source du droit en général. Rôle de la volonté dans le droit. La volonté au service du droit, non le droit au service de la volonté. 332

§ 2. — La volonté comme fondement de l'acte juridique 342

1. — Impossibilité d'expliquer par la considération de la volonté elle-même la force obligatoire du contrat 342

2. — Comment la force obligatoire du contrat se rattache à la fonction pratique qu'il remplit dans le monde en vue du bien commun 352

3. — Et comment, d'autre part, le contrat n'est que la mise en œuvre du principe de justice objective : *cuique suum, neminem laedere*. La théorie de la cause et le principe de la volonté. Enrichissement indû et contrat 357

4. — Conséquence. L'équivalence des prestations. La lésion et la théorie de la cause. La justice contractuelle. . . . 368

5. — Le principe de la liberté des conventions. Son fondement : présomption de justice. Sa portée et ses limites. 380

SECTION III. — *La liberté de la volonté comme but suprême du droit.* 388

Critique sommaire de ce troisième aspect de la doctrine de l'autonomie.

CHAPITRE VI. — Confirmation par l'histoire de la précédente critique 399

SECTION I. — *Le principe d'autonomie et le développement historique du droit contractuel* 401

Que le développement historique du droit contractuel n'a pas été déterminé par l'idée de la souveraineté juridique de la volonté individuelle, mais par des considérations de justice objective et de bien commun. Contrats réels, consensuels, formels. Contrats innommés. Le système romain des actions *in factum* et la consécration par le droit moderne de promesses unilatérales. Abandon de la règle : *a pacto nudo actio non nascitur*. Abandon des règles canoniques sur le prêt à intérêt.

SECTION II. — *Le principe d'autonomie et l'évolution juridique contemporaine* 416

Que le droit contemporain s'éloigne de l'idéal fixé par la doctrine de l'autonomie. Accroissement du droit public. Syndicalisme et « associationisme ». Le transfert de la propriété *solo consensu* et la transcription. Recul de la théorie de l'autonomie en droit international privé. Les nouvelles théories sur la formation et sur l'interprétation des actes juridiques. Le contrat abstrait. Atteintes diverses que subit de nos jours le principe classique de la liberté des contrats : multiplication des lois rigoureusement impératives ; réglementation professionnelle des conven-

tions individuelles ; la lutte contre les abus financiers et contre les fraudes commerciales ; la jurisprudence et les obligations excessives ; le mouvement législatif contemporain contre l'injustice usuraire. Restauration progressive de l'idée de justice dans les relations contractuelles.

CONCLUSION. 449

BIBLIOGRAPHIE. 459

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)

CENTER FOR RESEARCH LIBRARIES
3 1949 01729 5941

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)